

# REPUBLICA DE COLOMBIA



## TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO SALA DE DECISION PENAL

**SENTENCIA CONDENATORIA - PRUEBA SUFICIENTE PARA CONDENAR: Existencia de prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del procesado.**

**ACTO SEXUAL ABUSIVO - Elementos estructurales.**

**ACCIÓN TÍPICA EN DELITOS SEXUALES: Los actos sexuales con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito.**

**ACTO SEXUAL ABUSIVO - TRASCENDENCIA JURÍDICA: Valoración.**

(...) la conducta sexual con trascendencia penal debe tener una especial prolongación en el tiempo, porque no es posible asegurar que de un acontecimiento fugaz, breve, singular y expedito se pueda alcanzar a vulnerar bienes jurídicos como la libertad, la integridad y/o formación sexuales, porque un acto eminentemente momentáneo y sorpresivo no orienta a la satisfacción de un deseo libidinoso. (...)

(...) En esa dimensión, resulta totalmente acertado el fallo de primer nivel, en cuanto escinde el análisis de los dos (2) episodios base de imputación fáctica al señor JOG, y no los encuentra ajustables a la previsiones normativas del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS (...)

(...) Este análisis jurídico trasciende de manera conveniente la simple realidad ontológica del rozamiento del seno y el tocamiento de una pierna de la menor DKIN, por parte del señor JOG, (...) para profundizar en que no se ha decantado probatoriamente en el proceso la intencionalidad o finalidad libidinoso del autor, ni la trascendencia jurídica social de esos actos aislados de interacción física. (...) no quedaba camino diferente que la absolución del acusado, por efecto de que la duda probatoria (...)

**VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA Y PRINCIPIO DE CONGRUENCIA: Es factible condenar por una conducta punible diferente a la que fue objeto de acusación siempre y cuando los hechos constitutivos del delito menor hagan parte del núcleo fáctico de la imputación.**

(...) como una de las características propias de la ACUSACIÓN es su provisionalidad, por aquello que el debate probatorio del juicio oral puede llevar a situaciones que permitan variar su calificación jurídica [principio de progresividad], pero con profundo respeto por el núcleo fáctico de la imputación, resulta admisible que un Juez pueda condenar por un delito distinto al acusado –incluso sin que exista petición expresa de la Fiscalía- (...)

(...) en este caso resulta perfectamente posible adentrarse en el estudio de la alternativa típica penal de ACOSO SEXUAL (...), más aún cuando esta tipología establecida en el artículo 210-A del Código Penal, adicionado por el artículo 29 de la Ley 1257 de 2008, constituye una de las modalidades de Actos Sexuales Abusivos consagradas por el Legislador, esto es que se encuentra encasillada en el mismo libro, título y capítulo del delito base de acusación [ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS – artículo 209 ídem], contiene una cantidad de pena de prisión superlativamente menor a éste, y ha sido el tema objeto de debate interpartes en curso de las alegaciones finales; de suerte que no se estaría sorprendiendo a la defensa con el estudio de su posible configuración.(...)

**ACOSO SEXUAL – Estructura.**

**VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN AL DELITO DE ACOSO SEXUAL – Procedencia.**

(...) Esta declaración está refiriendo la existencia de una seguidilla de actos oprobiosos atribuibles a JOG, los que se encuentran marcados por la insistente molestia, asedio, hostigamiento y persecución a la entonces preadolescente DKIN, que contaba con escasos once (11) años y algunos meses de vida al momento de los hechos (...) Ello explica la entrega de dádivas económicas que le ofrendaba, la forma como la importunaba para tener acercamientos físicos, lo que le permitió tocarle la pierna en una ocasión y su seno izquierdo en otra; todo esto lo alcanzó a dimensionar la menor como actos libidinosos o cargados de lascivia que no debía soportar, motivo por el cual los puso en conocimiento de sus progenitores. (...)

(...) El presente juicio se adelantó en contra de JOG como acusado de ser autor material doloso de un concurso homogéneo y sucesivo de delitos de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS, ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 209 DEL Código Penal, (...) Esta fórmula de acusación inicial no tuvo vocación de prosperidad, por falta de pruebas relacionadas con la trascendencia o connotación de los actos libidinosos -diferentes al acceso carnal- que se atribuían; pero han sido readecuados en la figura del ACOSO SEXUAL, delito respecto del cual se ha encontrado viable emitir sentencia de condena en esta instancia, porque una determinación de esta naturaleza no se encuentra en contravía de las reglas que rigen el “principio de congruencia fáctica”. (...)

<b>Sentencia Penal N°:</b>	011
<b>Radicación:</b>	520016000485-2014-04442 NI. 23960
<b>Acusado:</b>	JOG
<b>Delito:</b>	ACTOS SEXUALES ABUSIVOS AGRAVADOS
<b>Acta de Aprobación:</b>	108 del 12 de mayo de 2022

**Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz**

San Juan de Pasto, diecisiete (17) de mayo del dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO A DECIDIR:**

Procedente del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño) ha llegado el proceso penal que por el probable delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS, en modalidad agravada, en concurso homogéneo y sucesivo, se adelanta en contra del señor JOG. Corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por el doctor JONATHAN KARLO MARTÍNEZ OJEDA, en su

condición de Representante de Víctimas, en contra de la sentencia absolutoria proferida en primera instancia el día 28 de febrero de 2021.

## **HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES**

Han sido narrados en el Escrito de acusación por el Fiscal 52 Seccional CAIVAS de Pasto, doctor JAIRO ALBERTO FAJARDO RONDÓN, de la siguiente forma:

*“El día 09 de junio de 2014 la menor DKIN de diez (10) años de edad [nacida el 15 de enero de 2003], se encontraba haciendo tareas en la casa de su abuelo ubicada en el barrio Deportivo del municipio de Chachaguí (Nariño) y en determinado momento alguien golpeó la puerta, ella trató de salir a abrir pero el señor JOG, quien es la pareja de su tía J, no se lo permite, en ese instante le pasó por su rostro un billete de dos mil pesos y de inmediato la menor siente un olor raro y empieza a marearse, siendo entonces cuando aquel aprovecha para tocarle sus senos por encima de la ropa e intenta tocarle otras partes de su cuerpo, pero entonces la menor logra correr hasta la pieza de su primo C”.*

*“Días antes, en el mismo lugar de los hechos, la menor DKIN, que en ese momento estaba acompañada de su prima J, le pide al señor JOG que le prenda el computador y él aprovecha para tocarle sus piernas e intenta tocarle la vagina por encima de la ropa, pero sin conseguirlo, porque la menor tenía cargada en sus piernas a su prima J”.*

## **ACTUACIONES PROCESALES**

El 31 de julio de 2017 se formuló imputación en contra del señor JOG, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Chachaguí, en funciones de control de garantías; se le atribuyó autoría material en el concurso homogéneo y sucesivo de delitos de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS, en modalidad AGRAVADA, según lo previsto en los artículos 209 del Código Penal [El que realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”]; y el artículo 211 numeral 2 de la misma codificación

preceptúa que [La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando: El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza"]; lo anterior bajo el fenómeno concursal del artículo 31 del Código Penal. Frente a estas imputaciones no hubo allanamiento a cargos. No se requirió medida de aseguramiento alguna en contra del acriminado.

En los mismos términos referidos anteriormente fue radicado el escrito de acusación, cuyo trámite fue asignado al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño), en donde se llevó a cabo la audiencia de Formulación de Acusación el 21 de marzo de 2018, sin novedad alguna.

El día 3 de septiembre de 2018 se celebró la audiencia preparatoria y la audiencia pública de juicio oral se llevó a cabo en diversas sesiones del 11 de junio, 9 de agosto y 10 de diciembre de 2019, 15 de junio de 2021 y 18 de febrero de 2021. En esta última oportunidad se anunció el sentido del fallo absolutorio y se leyó la sentencia correspondiente. Contra esta decisión fue interpuesto recurso de apelación por el abogado que actúa en representación de las víctimas, el cual fue debidamente sustentado en tiempo, cuyo trámite ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

## **FUNDAMENTOS DE LA DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño) profirió un corto fallo, del cual por su misma precariedad se pueden transcribir todos los argumentos que sustentan la absolución del señor JOG:

*“Si bien la fiscalía en audiencia de acusación al enlistar los hechos jurídicamente relevantes, indicó de tratarse de unos comportamientos adecuados al artículo 209 del C. P., adelantada la audiencia de juicio oral, practicadas las pruebas, no se demostraron”.*

*“Para iniciar, la declaración de la menor no aporta mayor información sobre lo ocurrido el día 9 de junio de 2014, no se da una explicación clara de cuales fueron los actos constitutivos del presunto abuso, indica haber estado en la casa de la abuela, donde también se encontraba el procesado, golpean la puerta y ella se dispone a abrir, lo cual, el procesado le impide y cuando se quería ir le pasa como un billete y sale corriendo, cuando estaban ahí le alcanzó a rozar el seno, en otra oportunidad estaba cerca al computador cargada su prima, cuando le solicita ayuda para usar el computador le toca la pierna”.*

*“Para el evento de 9 de junio de 2014, el solo rozamiento del seno de por sí no puede constituirse como un acto de tipo erótico sexual, conforme lo relatado por la menor, se trató de un acto fugaz sin la potencialidad de colocar en peligro el bien jurídico tutelado, no se da una información para inferir la intención del agente si era tocarle el seno a la menor, puede interpretarse como un intento de tocarla como también puede tratarse de un acto aislado fruto de la interacción física cuando la menor al abandonar la casa y el procesado pasarle el billete se dio este contacto sin la intención de agredir la dignidad de la menor, del interrogatorio rendido por la menor no se puede extraer una explicación lógica a este hecho para adecuarlo a un comportamiento erótico sexual”.*

*“Lo mismo ocurre para el evento cuando dice la menor haberle tocado la pierna, tampoco se hizo claridad en la forma como ocurrieron y si estos tenían el interés de afectar el bien jurídico tutelado, las manifestaciones hechas por la menor en audiencia de juicio oral fueron confusas”.*

*“El artículo 404 del C. P. P., fija como reglas de apreciación del testimonio, los procesos de rememoración el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas”.*

*En estos aspectos la menor no fue muy colaboradora con el interrogatorio de la fiscalía, sus respuestas fueron vacilantes, vemos como al inicio del interrogatorio al indagar la fiscalía sobre los hechos le contesta con una pregunta: “que el intentó abusar de mi”, para la fecha de su declaración en audiencia de juicio oral ya contaba con la edad de 16 años, es decir, ya podía discernir las preguntas realizadas por la fiscalía, las cuales eran claras y no se empleaba ningún tecnicismo para hacerlas confusas, antes al contrario la declarante era quien vacilaba al responder. Si bien los hechos ocurrieron en el mes de junio de 2014, para la audiencia de juicio habían transcurrido cinco años, por la edad de la menor a la fecha de los hechos y audiencia de juicio oral, la rememoración de los mismos no puede tornarse difusa, y por la fecha de la declaración ya tenía un cierto grado de preparación y madurez para responder el cuestionario de la fiscalía, sin embargo, no se hizo un relato detallado de los hechos para tenerlos como de carácter sexual”.*

*“Si bien los demás testigos hablan de un presunto abuso, esta información fue recibida de parte de la menor, a ellos no les consta los hechos, además constituye prueba de referencia y si se quería usar estas declaraciones el camino era el refrescamiento de memoria*

*o la impugnación de la credibilidad de la testigo o como testigo adjunto, para que la menor en audiencia de juicio oral dé las correspondientes explicaciones, para el caso se contaba con la disponibilidad del testigo, quien no dio mayores explicaciones sobre los hechos objeto de investigación, era ella como conocedora de las circunstancias de tiempo modo y lugar quien debía someterse al interrogatorio cruzado en garantía del derecho de confrontación a favor del procesado”.*

*“Para esta judicatura no se encuentran demostrados los hechos jurídicamente relevantes de la acusación constitutivos de actos sexuales con menor de 14 años”.*

*“Respecto de la petición subsidiaria de acoso sexual, no se demuestran los elementos del tipo penal, de la declaración de la menor no se puede predicar si por parte del procesado hubo exigencias explícitas o tácitas de contenido sexual”.*

*“En este orden se resuelve el litigio con sentencia absolutoria al no cumplirse con los estándares probatorios del artículo 381 del C. P. P. y en consecuencia no desvirtuarse la presunción de inocencia”.*

## **ARGUMENTACIONES DEL IMPUGNANTE**

El Representante de víctimas, doctor JONATHAN KARLO MARTÍNEZ OJEDA, manifestó su desacuerdo con el fallo absolutorio y en su lugar solicitó que se emitiera sentenciamiento de condena en contra de JPG, indicando que del testimonio de la menor víctima DKIN emanan los elementos constitutivos del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS por el cual este fue acusado, ya que en el juicio fue clara y directa indicando *“Él intentó abusar de mí. Ese día que yo estaba en mi casa, me llamó y fui a la casa de mi abuela, cuando fui yo estaba comiendo, sonó la puerta que estaban golpeando, cuando yo quería ir a abrir él estaba tapando la puerta, más al ladito queda donde trabaja mi abuelo, iba a salir por otra puerta y él no me dejaba salir y empezó a tapar la puerta, cuando yo me quería ir de ahí me pasó con un billete, cuando salí corriendo estaba mi primo no me quiso hacer caso, mi hermano estaba afuera y estaba muy asustada, mi hermano me dijo que me tranquilice”.* Señaló que, cuando se la interrogó sobre el contacto físico, dijo: *“Recuerdo que él me alcanzó a rosar la parte del seno”;* y a la pregunta que le formuló la Fiscalía sobre si previamente a dicho episodio había ocurrido otro incidente con el señor

JOG la menor informó: *“sí el me daba plata, me decía que me acerque en una ocasión yo estaba con mi prima y le pedimos ayuda para que nos haga a colocar un juego y el empezó a tocar la pierna. Yo estaba sentada y el empezó a meterme la mano por la pierna, como mi prima estaba encima me quitó de una”*.

Adujo que este relato se encuentra soportado en elementos objetivos de corroboración periférica, que emanan de los testimonios periciales de los doctores VÍCTOR OSWALDO PEÑA HERNÁNDEZ, que es Psicólogo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Pasto (Nariño), y de la doctora ALEJANDRA JOHANA CALDERÓN BARCO, quien para la época de los hechos fungía como médica del Hospital Infantil. Adujo que el primero realizó un relato de lo dicho por la menor exactamente igual al ofrecido por esta en el juicio oral; posteriormente explicó el método científico utilizado para el estudio del caso, y refirió que cuando abordó a la menor DKIN estaba en condiciones normales, no tenía alucinaciones, que mostraba una tristeza al momento de narrar hechos motivo de investigación, manifestaba rencor hacia el indiciado y vergüenza propia al narrar los hechos; tenía memoria conservada, le indicó que tuvo pesadillas no patológicas, que explicó lo del tono bajo en el que ella se expresaba, porque ella manifiesta que era un “poco tímida”, pero luego se tornó tímida. Refirió que a raíz de los hechos y de la investigación tuvo dificultades académicas en sexto y séptimo grado; éste último año académico lo perdió. Refirió que la información entregada por la menor era coherente y congruente, la refería en un lenguaje vivencial, con muchos detalles respecto a lo que había sucedido con el indiciado. Refirió que la menor adujo que después de los hechos tiene dificultad para relacionarse, es introvertida y muestra bajo rendimiento escolar, sentimientos inadecuados, signos depresivos, se trata de aislar frente a al tema. Concluye que su relato es claro, modula rencor, tristeza, hay

malestar psico-emocional, se torna depresiva; esto último – en criterio del impugnante- son muestra de las consecuencias psicológicas producidas por el delito, las que aduce fueron tan graves que produjeron daños en su comportamiento. Se adujo que la médica del Hospital Infantil corroboró la coincidencia del relato de la menor, adicionando que cuando la abordó tenía muestras de intoxicación, porque había vomitado en aproximadamente 6 ocasiones, pero no se pudo establecer la clase de sustancia que ocasionó el episodio ya que en los exámenes no fueron encontrados residuos de la sustancia.

El impugnante trajo a colación el testimonio de la señora NJNC, quien es tía de la víctima y vive en unión libre con el acusado JOG, del cual refiere que se puede acreditar cómo la menor no mintió en su estado de intoxicación y malestar, ya que ella adujo en juicio que *“la miré mareada y vomitó algo blanco, la mamá y yo la llevamos al centro de salud, me dijo don J me violó, yo quedé asustada y me fui al taller de mi esposo y le reclamé”*; que igualmente mencionó en juicio que existió un enojo familiar de casi cuatro (4) años por haber acusado al señor JO, pero indica que en medio de su testimonio hay un claro interés en favorecer al procesado por la relación sentimental que sostienen.

También indicó que debe valorarse como elemento que sirve de corroboración a lo dicho por la menor lo relativo a los regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual. Que es aquí en donde se encuentra que la menor adujo: *“sí el me daba plata, me decía que me acerque en una ocasión yo estaba con mi prima y le pedimos ayuda para que nos haga a colocar un juego y el empezó a tocar la pierna”*. Indica que este elemento es preciso para corroborar que los tocamientos no fueron producto de una reacción esporádica o de reflejo, sino que fue el resultado de

intentos de acercamiento, de ofrecimientos de sumas monetarias con fines libidinosos o de características sexuales, y no cómo el Juez interpretó como un simple rozamiento de sus partes íntimas.

Recapitula afirmando que debe revocarse la sentencia y emitirse condena en segunda instancia porque existen elementos indicadores del abuso sexual, como son: el daño psíquico sufrido por la menor, su cambio de comportamiento, el lugar en casa de su tía donde se dieron los hechos, identificó al victimario como esposo de su tía, las actividades anteriores cómo el ofrecimiento de dinero, luego los tocamientos a su seno y cuando su primita estaba en sus piernas el tocamiento de las piernas, ante la rápida reacción de la menor los tocamientos no continuaron; le ofrecía dinero para que se le acercara y lo hizo cuando no había ningún adulto en la casa, aprovechando la situación de que los padres de la menor no estaban en el municipio de Chachaguí; indica que el abuso no fue percibido por otras personas al encontrarse casi solos en la casa, pero de inmediato la menor reaccionó; todos se enteraron de lo sucedido. Sobre la reacción física que la menor relacionó con el paso de un billete por su cara, indica que pudo ser producto de la conmoción que ella vivió.

En punto de la discusión sobre si con lo probado en juicio, efectivamente los hechos encuadran en un delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS, o si estamos en presencia de otro tipo de conducta, como por ejemplo lo contemplado en el artículo 210-A que trata del ACOSO SEXUAL, indica el Representante de víctimas que se cumple con los requisitos objetivos y subjetivos de los ACTOS SEXUALES ABUSIVOS, ya que se probaron esos actos diversos del acceso carnal abusivo con menor de 14 años, se pudo

probar el estado de mareo, de vómito de la menor, circunstancia generada por el hoy procesado. Con todo, indica que si en criterio de la segunda instancia no se cumple con los requisitos enmarcados en esa conducta penal, se debe condenar por el delito de ACOSO SEXUAL, y que el condenar por una conducta diferente a la acusada es un tema que ha generado mucha polémica durante algunos años, pero que hoy se encuentra aclarada por la jurisprudencia [sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP2390-2017 (43041), Feb. 22/17], la cual exige (i) que la nueva conducta corresponda al mismo género, (ii) que la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad, (iii) que la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación y (iv) que no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

Afirma que para la configuración del delito de ACOSO SEXUAL, establecido en el artículo 210-A del Código Penal a través de la ley 1257 de 2008, en el proceso de tipificación de los concretos hechos es necesario dilucidar dos conceptos fundamentales en su estructura, de una parte lo concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que ostentaba sobre la víctima; y el otro, el relativo a los verbos rectores sobre los cuales se manifiesta. Sobre el primero aduce que puede ser autor quien ostente determinada calificación de *“superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica”*. Aquí se sirvió recordar que en el testimonio de la propia compañera permanente del acusado se mencionó que dejó a cargo al señor JG del cuidado de la menor víctima, que le dio la orden de no dejarla salir, esto explica esa posición de autoridad y poder que tuvo en ese momento sobre la víctima, además de ser compañero permanente de la tía de la víctima, que podría considerarse con que se aprovechó de ese vínculo familiar para cometer la conducta. Lo segundo que afirmó debía tenerse en cuenta fue la habitualidad o

permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos, lo que –en su sentir- se desprende de los verbos alternativos previstos para su realización “acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente”. Dijo que en el juicio fue probado por el testimonio de la menor, en concordancia con sus relatos tanto con el perito psicólogo del INML cómo con la médico del Hospital Infantil Los Ángeles, que el procesado en una ocasión tocó su pierna cuando ella y su prima le pidieron les ponga un juego en el computador, agrediéndola con esto de manera sexual y en un segundo episodio deteniéndola para que no saliera del cuarto, momento en el cuál la misma víctima lo relató como un claro acto de asedio físico, y que en ese momento se repite un roce en la zona de su seno. Aduce que de lo anterior se puede evidenciar una actividad persistente, incesante y continua entre el acusado JOG y la víctima, queriendo doblegar la voluntad de la menor; Termina manifestando que este delito no requiere para su consumación de un resultado, en lo que al cometido sexual respecta. Resalta que el asedio, entre otros verbos, no reclama la prolongación en el tiempo, sino de insistencia en el actuar, que se traduce inequívoca pretensión de obtener el favor sexual, a pesar de la negativa de la víctima.

## **PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER**

Revisadas en detalle las argumentaciones del impugnante, para contraponerse a la sentencia absolutoria emitida en favor del acriminado, advierte la Sala que el siguiente es el aspecto jurídico fundamental que se debe considerar:

*¿Se ha recopilado en el plenario el volumen de prueba necesario para condenar al señor JOG, como autor material del delito de “ACTO SEXUAL VIOLENTO ABUSIVO”, por el cual se lo ha venido acusando, o de uno*

*diferente, como sería el de ACOSO SEXUAL, respecto del cual se solicitó  
condena en el alegato final?*

## **ARGUMENTACIONES DE LA SALA**

### **1.- Cuestiones preliminares:**

Hemos indicado en precedencia que el aspecto jurídico fundamental que concita la atención de la Sala no es diferente a establecer si el acervo probatorio recopilado legalmente establece, con la suficiencia exigida por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal vigente (más allá de toda duda), la configuración del delito sexual por el cual se procede de ACTO SEXUAL ABUSIVO, y la responsabilidad penal que se le pudiera derivar al acusado JOG.

Como quiera que el defensor de los intereses jurídicos de la víctima, doctor JONATHAN KARLO MARTÍNEZ OJEDA, reclama con insistencia la revocatoria de la sentencia absolutoria emitida en favor del acusado para que se emita sentencia de condena -bien por el delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS ora por el de ACOSO SEXUAL-, por la razón principal de que -en su criterio jurídico- existe en el proceso el volumen probatorio exigido por la ley procesal penal para emitir condena, le corresponde a la Sala revisar profunda y desapasionadamente el asunto, en orden a establecer la veracidad de aquellas fundamentaciones.

Con ese propósito, debe precisarse en esta providencia de segundo grado los elementos estructurales del delito de ACTO SEXUAL ABUSIVO, establecido en el artículo 209 sustantivo penal; se tratará sobre las dificultades que presenta la investigación de delitos sexuales,

por el marco de intimidad en las que éstas prácticas se desarrollan y cómo deben analizarse los indicadores de corroboración periférica, que permitan arribar a decisiones con corrección jurídica. Una vez finalizado este examen, se analizará el caso concreto, con el fin de establecer si la valoración que el Juez de primer grado hizo de la prueba para emitir sentencia absolutoria se ajusta a la legalidad, o si, como lo afirma el apelante, desconoce la realidad probatoria y la normatividad que la regula y, por el contrario, debe ser revocado dicho fallo y emitirse sentencia de condena, bien por el delito aludido o por el de ACOSO SEXUAL que trata el artículo 210-A del Código Penal, sin que con ello se afecte el principio de CONGRUENCIA.

## **2.- Análisis estructural del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS.**

Establece el artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5° de la ley 1236 de 2008, que incurre en este punible cualquiera que (1)realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o (2)en su presencia, o (3)lo induzca a prácticas sexuales, tipología penal esta que conmina penas de prisión oscilantes entre 9 y 13 años.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 27 de julio de 2009 [radicado 31948, MP. YESID RAMÍREZ BASTIDAS] precisó que la primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, es decir que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que el menor sea meramente un espectador de los actos erótico que se realizan frente a él, y la última hipótesis normativa reclama que al menor se lo instigue o persuada para que entre a

practicar actos relativos a su instinto sexual, con clara anticipación al natural despertar de su libido.

La norma no demanda en el sujeto activo determinación o connotación especial, pero si trae una condición especial en el sujeto pasivo de carácter etario, esto es que no haya alcanzado un nivel de edad de catorce (14) años, que es el baremo que tiene establecido el sistema jurídico Colombiano para alcanzar el nivel de capacidad de determinación sexual.

Frente a conductas punibles de esta naturaleza “se presume del menor de edad la incapacidad de actuar libremente, de auto determinarse, por lo que el acceso carnal cometido en su contra atenta contra su libertad, no por el sometimiento de su voluntad por medios físicos, intimidatorios, o de puesta en condiciones de inferioridad, sino, simplemente porque se presume de derecho que los menores de catorce años no cuentan aún con esa capacidad de comprender el hecho y, por tanto, no son aptos para prestar su consentimiento. Por esta razón, dentro del proceso penal no puede ser debatido ni puede ser objeto de controversia esta capacidad de autodeterminación pues al tratarse de una presunción de derecho, mal podría admitirse debate probatorio sobre este aspecto, siendo suficiente entonces, para actualizar la conducta, la verificación de la edad de la víctima”.<sup>1</sup> En estas condiciones, resulta de trascendental importancia que en el trámite se establezca de manera fidedigna la edad cronológica del sujeto pasivo.

El marco de posibilidades para la comisión del delito de ACTO SEXUAL es entonces bastante extenso, pues pueden ir desde los besos o tocamientos lujuriosos, hasta las cópulas entre las piernas [coitos inter femora], las masturbaciones, los lamidos en partes genitales [connilingus], los frotamientos del asta viril en zonas exteriores del cuerpo, o los actos

---

<sup>1</sup> BENAVIDES MORALES, David. “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES”, En texto colectivo “MANUAL DE DERECHO PENAL”. Tomo I. Parte Especial, segunda Edición. CARLOS G. CASTRO CUENCA (Coordinador). Editorial Temis. Editorial Universidad del Rosario Bogotá 2018. Página 436.

dirigidos a la satisfacción de las apetencias sexuales del agresor que involucren una ZONA ERÓGENA, la que según precedente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia [sentencia del 5 de noviembre de 2008, radicado 30305], “*Es toda parte del cuerpo susceptible de ser lugar de una excitación sexual [...] aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo) [...]*”.

De vieja data la Corte Constitucional Colombiana [Sentencia c-1095 de 2003. MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA] indicó que los actos sexuales y el acceso carnal No constituyen tratos degradantes para personas que como ciudadanos mayores de edad son enteramente dueños de su comportamiento, siempre y cuando los lleven a cabo de manera libre y voluntaria, pero si son indignos o despreciables “*en alto grado, cuando se obtienen de una persona cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación, como en el caso de los menores [de catorce años]; su libertad no es plena, pues carecen de una cabal conciencia acerca de sus actos y las consecuencias que aparejan*”. En esa medida, se prohíbe el ejercicio de la sexualidad, en cualquiera de sus formas, con personas que tienen un rango etario menor a los 14 años, en la medida que puede afectarse la evolución y el desarrollo de su personalidad y producir en ellos alteraciones importantes que incidan en su vida o en el equilibrio psíquico en el futuro; razón por la cual el Legislador no admite, aún ni de forma consentida, las relaciones sexuales con esta clase de menores [M. COLLAZOS SOTO, “CURSO DE LICENCIATURA EN CRIMINOLOGÍA”. Universidad de Murcia, Derecho Penal II, Capítulo 9°, “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES”, junio de 2005, página 1].

Para nuestro Alto Tribunal de Cierre Penal, “*Se entiende por acto sexual toda conducta que en sus fases objetiva y subjetiva se dirige... a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello*

*se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles..., y se consuman mediante la relación corporal” [AP, julio 27 de 2009, radicado 31715, reiterado en la SP15269 del 24 de octubre de 2016, radicado 47640, y en la reciente sentencia del 12 de agosto de 2020, radicado SP2894-2020, 52024 MP. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR].*

En el último caso citado [Radicado 54024 de 2020], en el cual se revisaba y fue “casado” [revocado] un fallo condenatorio de segunda instancia proferido en la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, contra un ciudadano procesado por un concurso de delitos de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS e INJURIAS POR VÍAS DE HECHO [Ver los fácticos a pie de página]<sup>2</sup>, el cual finalmente resultó absuelto, se reflexionó ampliamente sobre el tema de la relevancia típica de los actos sexuales, desde la doble óptica del ánimo de satisfacción de una apetencia sexual por quien los ejecuta, como de la idoneidad de los mismos para conseguir ese propósito; se indicó que para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario establecer que el acto revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad humana, esto es que debe ser apropiado para estimular la lascivia del autor y de la víctima o, al menos, de uno de ellos; esto es que la conducta tiene que revestir entidad significativa. En razón que en los hechos estaba inmersa como potencial víctima una menor de catorce (14) años, se precisó:

---

<sup>22</sup> “El 20 de marzo de 2015, siendo la 1:20 p.m. aproximadamente, las hermanas L.A.L.G. y M.P.L.G., de 8 y 14 años respectivamente, después de concluir la jornada académica en el colegio Jaime Quijano Caballero, caminaban por un callejón que conduce a la Avenida Primero de Mayo en el Barrio Kennedy de Bogotá, cuando JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO, quien transitaba delante de ellas, se volteó y les exhibió su pene. Ante esto, las menores de edad intentaron esquivar al adulto, pero este, con su cuerpo, les obstaculizaba el paso, por lo que se devolvieron corriendo”.

*“En resumen, los **actos sexuales** con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca, predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que, según las «pautas culturales de la comunidad» no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C.P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor. Por si fuera poco, esta postura es la que mejor se acompasa con la posibilidad real de demostración del dolo.*

*“La anotada conclusión no varía por el hecho de que el sujeto pasivo de la conducta sea un menor de 14 años ni porque se busque proteger la integridad y formación sexuales, pues los principios de tipicidad estricta y lesividad implican que el Derecho Penal sólo puede sancionar las conductas descritas en la ley (art. 10) que resulten **idóneas** para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado (art. 11), como se desprende también de la regulación de la tentativa punible (art. 27). Esas garantías sustantivas mínimas integran el principio de legalidad y, por esa vía, hacen parte del núcleo esencial del debido proceso.*

*Así, la protección penal de los intereses superiores de los niños se realiza mediante la prohibición y sanción de -verdaderos- actos sexuales que los involucren, entendiendo por tales los que **efectivamente** pueden lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de la integridad y formación sexuales. De esa manera, ninguna oposición se presenta entre la adecuada interpretación del artículo 209 del C.P., antes precisada, y la prevalencia de los derechos de los menores de edad (art. 44 *ibídem*), y, si es que aún se considerara que existe ese conflicto, dicho ejercicio hermenéutico pondera todos los principios en juego.*

Al hilo de lo anterior, y por ser un aspecto basilar del fallo que se revisa por vía de impugnación, debe la Sala verificar si realmente para la configuración delictual del ACTO SEXUAL [violento o abusivo] se reclama que la conducta tenga una especial prolongación en el tiempo, esto es si es posible asegurar que de un acontecimiento fugaz, breve, singular y expedito se puede alcanzar a vulnerar bienes jurídicos como la libertad, la integridad y/o formación sexuales. Este tema tuvo la posibilidad de revisarlo la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia a partir del conocido caso del “simple tocamiento de nalgas”, fallado

inicialmente en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá [sentencia del 18 de mayo de 2007, radicado 2005-03040] en el que se condenó inicialmente a un sujeto como autor material del delito de ACTO SEXUAL VIOLENTO, al indicarse que *“en casos de menores de edad, en nada influye la fugacidad, la rapidez e inmediatez de los actos para determinar la ilicitud”*. En ese preciso caso, este criterio resultó moderado por la Sala de Casación Penal de la Corte al considerar que el condenado no había actualizado los elementos compositivos del delito de ACTO SEXUAL VIOLENTO, sino de simples “INJURIAS POR VÍAS DE HECHO”, porque un acto eminentemente momentáneo y sorpresivo no orienta a la satisfacción de un deseo libidinoso, esto es que el comportamiento no resultaba siendo de mayúscula trascendencia y con capacidad afectante de la libertad, integridad y formación sexuales<sup>3</sup>.

### **3.- Las dificultades propias de la investigación de delitos sexuales y el estudio de elementos objetivos de corroboración periférica.**

Sabemos por la praxis judicial que la demostración de un acontecimiento sexual tiene importantes dificultades judiciales, por aquello que presenta la característica fundamental de constituir *“actos de intimidad”*, lo que impide aportar al juicio evidencias directas que establezcan los pormenores de la relación carnal o de los actos lascivos que se investigan, ni los antecedentes o circunstancias concomitantes al caso en particular, diferentes a las versiones de los sujetos que como perpetradores o víctimas han interactuado en los hechos objeto de investigación, según hemos indicado.

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, radicado 25743, Sentencia del 26 de octubre de 2006 (MP. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN).

Varias veces ha recordado esta Sala que las versiones orales de la víctima y del sindicado jurídicamente se encuentran en igualdad de condiciones, porque absolutamente nadie puede gozar del privilegio procesal que se le crea lo que dice por el simple hecho de la posición que ocupe dentro del proceso, de suerte que las controversias o tensiones que se presentan entre acusación y defensa solo pueden resolverse analizando las circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes que rodean el hecho; también debe explorarse la espontaneidad de las declaraciones iniciales, el tiempo de la noticia criminal, los motivos determinantes que pudiera haber tenido la víctima para acudir a la justicia y, en lo posible, establecer otras pruebas diferentes a las simples manifestaciones de los sujetos activo y pasivo, para verificar cuál de las tendencias testimoniales se acerca a la verdad.

Aquí surge la necesidad de verificación y acopio de los llamados *“ELEMENTOS OBJETIVOS DE CORROBORACIÓN PERIFÉRICA”*, que permiten hacer más o menos probable la versión insular de la víctima, esto es el estudio de factores objetivos que permitan verificar de forma proximal el asunto (establecer indicios). Así lo ha dicho la doctrina: *“Así, la verosimilitud del testimonio debe estar basada en la lógica de su declaración y el apoyo suplementario de datos objetivos, lo cual supone varias cosas. Primero, que la declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo cual exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido. Segundo, que la declaración de la víctima debe estar rodeada de **corroboraciones periféricas de carácter objetivo**<sup>4</sup> obrantes en el proceso, lo cual significa que el propio hecho de la*

---

<sup>4</sup> GÓMEZ COLOMER, Juan Luís.: *“VIOLENCIA DE GENERO Y PROCESO”*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España. 2007. 2002. *“Podrá ser objeto de prueba en juicio la existencia de razones o motivos que hagan dudar de la veracidad de la declaración de la víctima, como la venganza o el deseo de obtener una ventaja procesal en el procedimiento de separación o divorcio”*.

*existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima*<sup>5</sup>.

Recuerda la Sala que el principio de “*Presunción de Inocencia*” tiene un rango constitucional innegable, y supone no solo el reconocimiento de la garantía en favor de toda persona, como que fija unas cargas y estándares probatorios que deben ser satisfechos en el proceso por el ente encargado de la persecución penal (Fiscalía General de la Nación) para destruir el amparo de inocencia; éste estándar no es el de una mínima actividad probatoria de cargo, sino que debe tener la capacidad o entidad suficiente para acreditar los hechos imputados más allá de toda duda razonable, y en el mismo nivel de conocimiento probatorio lo relacionado con la responsabilidad del imputado.

Estos requerimientos están explicitados por el legislador en el artículo 381 adjetivo penal, y debe indicarse que el postulado de suficiencia o idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar condena resulta ser particularmente sensible cuando se debe analizar la versión del agraviado en delitos de intimidación, por el vínculo o relación que tiene con el objeto del proceso penal, esto es la conducta punible, de lo cual emerge un interés incriminatorio insoslayable. Por estas potísimas razones, la jurisprudencia española ha fijado algunas reglas o criterios de valoración al testimonio de la víctima, a efecto de establecer “*la virtualidad procesal de enervar la presunción de inocencia del imputado*”, criterios que no se pueden desdeñar simplemente por ser extranjeros, los cuales aconsejan verificar las siguientes razones objetivas: “*a.- Ausencia de incredibilidad subjetiva: es decir, la ausencia de circunstancias subjetivas que afecten la imparcialidad del testigo, como el odio, resentimientos, enemistad u otras similares;*

---

<sup>5</sup>RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. “*LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO*”. En “*REVISTA IBEROAMERICANA DE ESTUDIOS UTILITARISTAS*” – Universidad de Santiago de Compostela – España. 2011, XVIII/1-2: (página 242). ISSN 1132-0877.

b.- Verosimilitud de la declaración del agraviado, que depende además de las corroboraciones periféricas que puedan realizarse; y, c.- Persistencia de la declaración del agraviado”.<sup>6</sup>

## **6.- La prueba de los hechos jurídicamente relevantes por la Fiscalía (insumos probatorios).**

La reconstrucción histórica de los hechos y de los elementos compositivos del punible base de acusación, se ha pretendido realizar por el Fiscal 52 Seccional CAIVAS de Pasto, doctor JAIRO ALBERTO FAJARDO RONDON, a través de un escrito de estipulación suscrito con la defensa y con las declaraciones juradas rendidas en juicio por la víctima DKIN, su progenitor MÁIZ, la médica ALEJANDRA JOHANA CALDERON BARCO y del Psicólogo VÍCTOR OSWALDO PEÑA ORDOÑEZ, cuyo contenido y alcance pasamos a establecer:

1.- En la sesión de audiencia pública de 13 de agosto de 2019 fue recibida la declaración de la menor DKIN, la que es audible en el record 03:23 a 31:23 de la carpeta digital número 6/7 denominada “23960 juicio oral.wmv”, y se encuentra dentro de la carpeta de actuaciones de la primera instancia correspondiente a “23960 JUICIO ORAL”. Ahí aparecen las preguntas que la Fiscalía formuló en la fase de interrogatorio directo, a través del Defensor de Familia LUÍS ALEJANDRO RAMÍREZ ESPAÑA, como las del conainterrogatorio de la defensa y las complementarias del Juez de Conocimiento. A pesar de la poca dinámica en la que se desarrolló el interrogatorio cruzado de la testigo fundamental del caso, todo ello derivado de un cúmulo de circunstancias, como <sup>(1)</sup>la escasa preparación de las preguntas del

---

<sup>6</sup>Corte Suprema de Justicia de la República Española. Acuerdo Plen notoria falta de preparación de adecuados interrogatorios por la Fiscalía, arios02-2005-CJ/116. Criterios reiterados en el Acuerdo Plenario número 1-2011-CJ/116

interrogatorio directo por la Fiscalía, <sup>(2)</sup>la notoria inexperiencia del funcionario de la Defensoría de Familia que estaba encargado de transmitir debidamente a la menor víctima los interrogantes, <sup>(3)</sup>unido a la escasa colaboración de la jovencita con las respuestas que de ella se requerían, dada la cortedad de las mismas por su persistente utilización de monosílabos, como por la baja tonalidad de la voz en las que se expresaba, se logra extractar de sus dichos el siguiente contenido:

Para el día de la audiencia contaba con 16 años de edad. En el mes de junio del año 2014 vivía con sus padres en el barrio Deportivo del municipio de Chachagüí (Nariño). Conoce al señor JOG porque es el esposo o compañero de su tía JNNC, y que con él casi no habla. Interrogada sobre los hechos denunciados indica que ese día [9 de junio de 2014] se encontraba en la casa de la abuela comiendo, en el lugar estaba JOG, quien “intentó abusar de ella”; esto ocurrió en un momento en el que sintió golpear la puerta y ella fue a abrirla, pero el sujeto le tapaba la puerta abriendo sus brazos y no la dejaba salir. Cuando logró salir le pasó un billete por su cara que la hizo sentir en malas condiciones. Fue interrogada directamente sobre si hubo algún contacto físico propiciado por el sujeto sobre su cuerpo, a lo cual indicó que **“cuando estábamos ahí él alcanzó a rozarme una parte del seno [Señalando la parte lateral izquierda del seno del mismo lado]”**. Sobre si anteriormente habían ocurrido otros hechos, indicó que **“él me daba plata y me decía que me acerque”**; al igual que contó un episodio anterior en el cual **“yo estaba con mi prima [J] en el computador, y le pedimos ayuda para que nos haga colocar un juego y yo estaba sentada con mi pierna arriba y él empezó así como a tocar la pierna”** [record 24:15 a 24:31 de la misma sesión de audiencia].

A pesar que el Juez de Conocimiento intervino en desarrollo del interrogatorio para que informara si en realidad era su deseo declarar sobre los hechos, la menor permaneció en el estrado sin que aportara otros datos relevantes sobre los fácticos denunciados.

2.- En la declaración rendida por el señor MÁIZ, que es el padre de la menor víctima DKIN, se indica que tiene como profesión la de transportador, que para el momento de los hechos ocurridos en junio de 2014 vivía en la carrera ... del Barrio Deportivo de Chachaguí. Adujo conocer al señor JOG por ser su vecino y esposo de su cuñada JNN. Refiere buenas relaciones con él y su familia antes de los episodios ocurridos con su hija, pero que esas relaciones se descompusieron por el intento de abuso sexual que denunció. Dice que el día de los hechos [9 de junio de 2014] se encontraba en Pasto con su esposa y que cuando llegaron en la tarde a la casa su hija DKIN estaba enferma, con vómito, descontrolada; que su hijo Al la había llevado a la casa porque ella había estado en la casa de su suegro. A su casa llegó su cuñada J y también su suegro.

Por el estado de la menor debieron llevarla al Centro de Salud de Chachaguí para la valoración, y luego de una hora ya estaba recuperándose y le contó a la médica lo que había pasado con el señor JOG, quien intentó violarla. Informó que estaba almorzando con un primo [CN], quien se fue para la alcoba y ella se quedó en la sala, cuando J le pasó un billete por la nariz y ella se sintió mal y empezó a tocarla. En ese momento golpean y la niña iba a abrir la puerta, pero el sujeto se lo impidió porque la tenía de las manos, pero que ella logró zafarse y salió al patio en donde estaba su hermano JIN, a quien le dijo que su Tío la quería violar; que ella estaba como aturdida, no estaba en sus cinco (5) sentidos, porque vomitaba y estaba mareada. Adujo que en ese momento no tuvo ningún diálogo con su hija, porque la mamá –que es auxiliar de enfermería- la llevó inmediatamente al Centro de Salud de Chachaguí.

Él fue a buscar a JOG a su trabajo para insultarlo, y desde ese momento definitivamente no hubo ningún contacto con él.

La menor estuvo interna en el Hospital Infantil de Pasto durante un día y una noche.

3.- Rindió declaración bajo juramento la doctora ALEJANDRA JOHANA CALDERÓN BARCO, quien es médica de urgencias en el hospital infantil desde 2014. Indicó –después de un refrescamiento de memoria por parte del Fiscal- que estuvo de turno el 9 de junio de 2014 y le correspondió atender a una menor de 11 años de edad procedente de Chachaguí, de nombre DKIN, quien fue llevada de urgencias a las 17:50 porque estaba con mareas y vómito desde hacía seis (6) horas, y que los síntomas estaban asociados a euforia. El examen físico resultó normal, neurológicamente también estaba normal, no presentaba alteraciones al momento de la valoración. Indicó que había intoxicación y se aducía que era por una sustancia desconocida impregnada en un billete de dos mil pesos (\$2000); que se sospechaba intoxicación por alucinógenos, por la forma como se encontraba la menor en la casa. Refirió que los exámenes paraclínicos fueron normales.

4.- Igualmente se recibió declaración bajo juramento del doctor VÍCTOR OSWALDO PEÑA ORDOÑEZ, especialista en psicología Forense, funcionario del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con amplia trayectoria en valoraciones de abuso sexual contra menores (más de 850 casos), quien adujo haber realizado oficialmente una sola valoración a la menor DKIN y rendido el informe respectivo con fecha 30 de enero de 2017 para establecer la posible comisión de un delito de abuso sexual. Indicó que la menor le informó

que ella vive en Chachaguí, que salía del colegio y se fue a la casa a cambiarse y almorzar, que no estaban su abuelo, ni su tía, ni la mamá, porque estaban en Pasto; que estaba en el lugar el indiciado JO, que golpearon a la puerta e intentó ir a abrirla pero que el sujeto se lo impidió, entonces ella se fue por otra puerta a abrir cuando el sujeto se le acercó y la pasó un billete de dos mil por la cara, el billete tenía un olor feo y raro y que el sujeto le alcanzó a tocar su seno izquierdo por encima de la ropa. Que le dijo a su primo que la intentaron coger y que no le hizo caso, que fue donde su hermano que estaba cogiendo limones, el cual la cargó en los hombros y la acompañó hasta que llegaron sus familiares. Para ese momento la menor tenía alrededor de 10 años. Fue llevada al hospital para que la atendieran porque se la vio mareada. También indicó el citado psicólogo que la menor le informó que en fecha anterior una vez con su primita iban a ver en el computador unos juegos y que el sindicado le había intentado tocarle la pierna, pero que para que no la tocara ella la cambió de pierna.

Dijo que la encontró en condiciones mentales normales, sin alucinaciones, que presentaba tristeza al narrar los hechos, utilizó un tono bajo, manifestaba rencor hacia el indiciado JOG, mostraba vergüenza frente a los hechos, lo que narró con memoria conservada. Indicó que ella manifestaba que antes de los hechos ella era tímida, pero después se aumentó su timidez, que bajó su rendimiento académico al punto de perder el año en séptimo grado, por los hechos materia de investigación. Indicó que el relato de la menor de edad ella era coherente y congruente, y que lo hizo en un lenguaje semántico, prosódico y vivencial, no maquinado, el cual duró entre 3 horas y 3 horas y media. Refiere que no está muy claro el tipo de sustancia que estaba impregnada en el billete que le pasó su Tío por la cara y que

hiciera que ella se descontrolara, por lo cual fue llevada al hospital. Le refirió que el indiciado le decía que ella era bonita y que él le daba plata, pero que le pedía que no le dijera nada a la familia. Indicó que por lo general estos casos de abuso sexual presentan consecuencias o secuelas de bajo rendimiento, a socializar poco, a generar más introversión y escasa sociabilidad.

5.- Fue presentada por las partes y aprobada por la judicatura una estipulación relacionada con que la víctima DKIN al momento de los hechos denunciados era menor de catorce (14) años de edad, de acuerdo al registro civil emitido por la Registraduría Municipal de Chachagüí es nacida el 15 de enero de 2003.

## **7.- Análisis del caso concreto.**

### **7.1.- Lo relativo el delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS.**

El asunto sometido a revisión de la Sala presenta unas condiciones especiales, que ameritan ser detalladas preliminarmente, a efecto de asumir la decisión final, con la corrección jurídica que corresponde. Lo primero a indicar es que el fallo absolutorio confutado tiene como soporte argumentativo que –en sentir del Juzgador de primer nivel- la fugacidad de los actos imputados a JOG no alcanzan a constituir verdaderos actos de tipo erótico sexual, porque -según lo narrado por la menor DKIN- fueron actos breves y aislados, sin la potencialidad de colocar en peligro el bien jurídico tutelado.

Hemos indicado en varias oportunidades que hasta la lógica prosaica o vulgar nos permite establecer que *“nadie conoce mejor un hecho que aquél*

*que lo ha realizado o lo ha debido padecer*"; por éste motivo no pueden desdeñarse las informaciones que en el proceso penal aportan el acusado y la víctima, solo que unas y otras deben ser valoradas bajo las reglas de la sana crítica, lo cual exige la apreciación en conjunto de las evidencias presentadas y admitidas en juicio, según lo establece el artículo 380 del estatuto procesal penal vigente. En el caso sometido a examen solo se cuenta con el testimonio rendido en juicio por la menor víctima DKIN, para la reconstrucción histórica de lo acontecido, y es a partir de su contenido que se ha de establecer la ocurrencia de los hechos denunciados y la trascendencia jurídica penal de los mismos.

Efectivamente refiere la menor que el esposo de su tía J ha intentado en dos momentos realizarle tocamientos abusivos sobre su cuerpo; uno es el hecho ocurrido el 9 de junio de 2014 cuando el señor JOG *"...alcanzó a rozarme una parte del seno"*; y que anteriormente había intentado tocarle una pierna en una ocasión en la cual se encontraba sentada frente a un computador y tenía a una prima suya cargada, y al requerirle ayuda para que les colocara un juego *"yo estaba sentada con mi pierna arriba y él empezó así como a tocar la pierna"*. Estos acontecimientos fueron encasillados por la Fiscalía como constitutivos de un concurso homogéneo y sucesivo de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS, en modalidad AGRAVADA, por la relación de confianza que existía entre ellos, derivada del parentesco por afinidad que entre ellos había.

Es claro que la Defensa no ha presentado evidencia alguna para refutar en todo o en parte los acontecimientos objetivos revelados por la menor de catorce (14) años DKIN, pero en su alegato conclusivo adujo la inocencia de JOG porque la denuncia, la declaración de la menor y la

versión del psicólogo no desatan la ocurrencia de un delito sexual, y que ni siquiera se ha demostrado la ocurrencia de un acoso sexual en contra de la menor, porque no se conocen las razones por las cuales él le daba dinero a la jovencita. Entonces, como en últimas los acontecimientos fácticos base de juzgamiento no se advierten contradichos desde la perspectiva de su ocurrencia, sino desde la valoración de su trascendencia jurídica, debe la Sala revisar si en realidad de verdad ellos tienen la suficiente connotación para ser encasillados en el punible atentatorio de la libertad, integridad y formación sexuales por el cual se procede.

El debate planteado en este escenario jurídico lleva al estudio del primer elemento normativo para la conceptualización de la llamada Conducta Punible, como lo es el de la ACCIÓN, el cual tiene inocultable asidero Constitucional en el artículo 29 al señalar que *“Nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al ACTO que se le IMPUTA”*, de suerte que el binomio ACCIÓN-IMPUTACIÓN, se constituye en el punto de partida para el estudio del delito.

La doctrina penal indica que el concepto jurídico penal de ACCIÓN ha sido la piedra angular del sistema de la teoría del delito y lo principal como diseño en la estructura de la dogmática penal en estudio de las distintas escuelas de Derecho Penal. Efectivamente los esfuerzos efectuados para elaborar la noción de acción se han materializado en las denominadas teorías de la acción, que han evolucionado desde concepciones estrictamente causalistas, naturalistas u ontológicas, prohijadas por las añejas escuelas clásica y neoclásica, pasando por nociones finalistas en las que resulta imperativo establecer el objetivo o teleología del autor, hasta llegar a modernos criterios funcionalistas

en los que prima una “**NOCIÓN SOCIAL DE ACCIÓN**”, sobre la base teórica que “*al derecho penal le interesa toda acción cuyo resultado posea un efecto o trascendencia al interior de la sociedad*” y que “*Por lo tanto, la acción penalmente relevante es aquella actividad de hombre que resulta ser reprochable a través de la valoración que se realiza a la luz de la realidad social*”<sup>7</sup>. También se han venido postulando teorías basadas en un concepto negativo de acción, que fundan sus raíces en un principio denominado de “evitabilidad del resultado”; y hoy se habla de un concepto personal de acción [Roxin], según el cual “*se considera acción aquella que consista en una **manifestación de la personalidad y que pueda ser imputada a una determinada persona***”.

Si bien podrán seguir apareciendo muchas más escuelas penales que intenten descifrar la noción de ACCIÓN PENAL, lo cierto es que nuestro Código Penal de 2000 (Ley 599) no se adhirió conceptualmente a ninguna de estas estructuras o escuelas, y prueba de ello es que en el artículo 9° se indica que “*Para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. **La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado***”.

Se ha indicado en acápites anteriores que nuestro órgano penal de cierre ha venido trazando importantes pautas jurisprudenciales para el entendimiento de la acción típica en delitos sexuales, y en el radicado 54024 de 2020 se regló sobre la necesidad de establecer la relevancia típica de los actos sexuales analizando dos (2) aspectos: <sup>(1)</sup>el ánimo de satisfacción de una apetencia sexual por quien los ejecuta [concepción final de la acción] y <sup>(2)</sup>la idoneidad o entidad cultural y social significativa de los actos para conseguir ese propósito [concepción funcionalista social de la acción]. Ahí se indicó que “*En resumen, los **actos sexuales** con relevancia típica*

---

<sup>7</sup> BALMACEDA HOYOS, Gustavo. “ESTUDIOS DE DERECHO PENAL GENERAL”. Una aproximación a la teoría del delito y de la pena. Universidad de La Sabana. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2015. Página 166.

son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca, predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que, según las «pautas culturales de la comunidad» no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C.P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor”. A su vez, en el radicado 25743 de 2006 se estableció el aserto según el cual la conducta sexual con trascendencia penal debe tener una especial prolongación en el tiempo, porque no es posible asegurar que de un acontecimiento fugaz, breve, singular y expedito se pueda alcanzar a vulnerar bienes jurídicos como la libertad, la integridad y/o formación sexuales, porque un acto eminentemente momentáneo y sorpresivo no orienta a la satisfacción de un deseo libidinoso.

En esa dimensión, resulta totalmente acertado el fallo de primer nivel, en cuanto escinde el análisis de los dos (2) episodios base de imputación fáctica al señor JOG, y no los encuentra ajustables a la previsiones normativas del delito de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS, al indicarse, en primer lugar, que “Para el evento de 9 de junio de 2014, el solo rozamiento del seno de por sí no puede constituirse como un acto de tipo erótico sexual, conforme lo relatado por la menor, se trató de un acto fugaz sin la potencialidad de colocar en peligro el bien jurídico tutelado, no se da una información para inferir la intención del agente si era tocarle el seno a la menor, puede interpretarse como un intento de tocarla como también puede tratarse de un acto aislado fruto de la interacción física cuando la menor al abandonar la casa y el procesado pasarle el billete se dio este contacto sin la intención de agredir la dignidad de la menor”; Y frente al segundo evento cuando se indicó que “...cuando dice la menor haberle tocado la pierna, tampoco se hizo claridad en la forma como ocurrieron y si estos tenían el interés de afectar el bien jurídico tutelado, las manifestaciones hechas por la menor en audiencia de juicio oral fueron confusas”.

Este análisis jurídico trasciende de manera conveniente la simple realidad ontológica del rozamiento del seno y el tocamiento de una pierna de la menor DKIN, por parte del señor JOG, en acontecimientos episódicos ocurridos en disímiles momentos históricos y perfectamente diferenciables, para profundizar en que no se ha decantado probatoriamente en el proceso la intencionalidad o finalidad libidinosa del autor, ni la trascendencia jurídica social de esos actos aislados de interacción física.

Estas cavilaciones se acoplan a los requerimientos jurisprudenciales para el estudio de adecuación típica de los eventos del artículo 209 del Código Penal, y como toda decisión debe fundarse en pruebas legal y regularmente a en el proceso [principio de necesidad de la prueba], y las existentes resultan insuficientes para establecer el volumen evidencial requerido por el artículo 381 procesal penal para la emisión de una sentencia condenatoria, [más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad del acusado], no quedaba camino diferente que la absolución del acusado frente al delito de ACTO SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS, por efecto de que la duda probatoria – que no pudo superar la Fiscalía- debía resolverse en favor del procesado, lo cual privilegia las garantías de PRESUNCIÓN DE INOCENCIA e *IN DUBIO PRO REO*, de la que dan cuenta el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal y el 29 de la Carta Política.

## **7.2.- Sobre la posibilidad de VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN al delito de ACOSO SEXUAL y el tema de la CONGRUENCIA.**

Se ha verificado que en sede del alegato final o de clausura el delegado del Ente Acusador y la Representación de víctimas requirieron que, si

no se habría de condenar al señor JOG por el punible de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CONTRA MENOR, se revisara por la judicatura la posibilidad de condenarlo por el delito de ACOSO SEXUAL, aspecto sobre el cual insiste el Representante de Víctimas en su escrito sustentatorio de la alzada. Lo anterior permite a la Sala entrar a revisar si ello es posible, sin afectación del “PRINCIPIO DE CONGRUENCIA”.

Al respecto debe indicarse que la congruencia es un principio establecido en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, el cual a su tenor literal señala: *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*. Por su parte, la jurisprudencia se ha encargado de desarrollar los sentidos y contenidos del principio de congruencia, el cual limita las facultades del Juez para efectos de una correcta administración de justicia, así ha conceptualizado la Corte Suprema de Justicia: *“La congruencia tiene que ser entendida como parámetro de racionalidad en la relación que debe existir entre acusador y fallador pues lo ejecutado por el primero limita las facultades del segundo; y ello tiene que ser así porque siendo la Fiscalía General de la Nación quien a nombre del Estado ejerce la titularidad de la acción penal, los jueces no pueden ir más allá de lo propuesto como elementos fácticos y jurídicos de la acusación. Esto equivale a decir que los jueces no pueden derivar consecuencias adversas para el imputado o acusado, según sea el caso, ni de los elementos que no se derivan expresamente de los hechos planteados por la Fiscalía ni de los aspectos jurídicos que no hayan sido señalados de manera detallada y específica por el acusador so pena de incurrir en grave irregularidad que deslegitima e ilegaliza su proceder.”*<sup>8</sup> (Subrayas de la Sala).

Amplia jurisprudencia de la misma Corporación ha profundizado en las implicaciones que tiene este principio, resaltando su importancia y los

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de septiembre de 2009. Radicado 31795. Magistrados Ponentes Yesid Ramírez Bastidas y Julio Enrique Socha Salamanca. En el mismo sentido Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de febrero de 2007, radicación 26087.

eventos en los que se vulnera; las siguientes son las hipótesis en las que ha señalado que se atenta contra el mismo: “Por acción o por omisión cuando se: i) condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, ii) condena por un delito que no se mencionó fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación o de la acusación, iii) condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación o en la acusación, pero deduce, además, circunstancia genérica o específica, de mayor punibilidad, y iv) suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que se haya reconocido en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación”.<sup>9</sup> (Subrayas de la Sala).

En la misma providencia señaló el Alto Tribunal de cierre penal que la materialidad del principio de congruencia supone: *(i) Que el juez sólo puede tener en cuenta al momento de proferir fallo el FACTUM de la acusación, de modo que si las pruebas demuestran que los sucesos no ocurrieron como lo expone la Fiscalía, aquél tiene que definir el caso de manera contraria a las pretensiones de la entidad acusadora.* (Subrayas de la Sala)

Al referir las características de la formulación de acusación en el sistema penal acusatorio colombiano, la Corte Suprema recalcó que en la formulación de acusación están inmersos los derechos al debido proceso y el derecho de defensa, y es por esto que el principio de congruencia juega un papel fundamental al impedir que el procesado sea condenado por cargos diferentes a los formulados: “(...) la formulación de acusación, en cuanto materialización del principio acusatorio que consigna la específica pretensión del Estado, constituye piedra angular del juicio, límite fáctico y jurídico a lo que en él se tabula y, desde luego, ínsitos en su contenido y alcances se hallan caros derechos de las partes e intervinientes, entre los cuales destacan el debido proceso y derecho de defensa”. / “Ello encuentra su expresión más acabada en el principio de congruencia, que en clara articulación práctica del derecho de

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de octubre de 2009. Radicado 32192. Magistrada Ponente María del Rosario González de Lemos.

defensa propende porque al procesado no se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados y por los cuales adelantó su tarea defensiva.”<sup>10</sup>

Con todo, como una de las características propias de la ACUSACIÓN es su provisionalidad, por aquello que el debate probatorio del juicio oral puede llevar a situaciones que permitan variar su calificación jurídica [principio de progresividad], pero con profundo respeto por el núcleo fáctico de la imputación, resulta admisible que un Juez pueda condenar por un delito distinto al acusado –incluso sin que exista petición expresa de la Fiscalía-, como lo ha sostenido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 16 de marzo de 2011 [Radicado 32685], en el que se indicó:

***“Si bien en el precedente citado por el defensor de ...<sup>11</sup>, la Corte consideró que en la sistemática prevista en la Ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada”.*<sup>12</sup>**

Aquí también resulta válido referir que si bien para ese momento (2010) la jurisprudencia estimaba que un Juez podía apartarse de la imputación jurídica formulada por el delegado de la Fiscalía, siempre que el nuevo delito fuera del mismo género, la evolución del precedente

---

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de abril de 2015. Radicado 44866. Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia junio 3 de 2009, radicado 28.649.

<sup>12</sup> El resaltado no se encuentra en el texto original.

estableció que la identidad del bien jurídico no es un presupuesto insoslayable del respeto al principio de congruencia, de suerte que *“La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado”*<sup>13</sup>. Por otro lado, si bien esas consideraciones se realizaron frente a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000, indicó la Corte en el radicado 45589 de 2016 [SP 17352 del 30 de noviembre] que *“...nada obsta para que, igualmente, sean predicables de los que, como el presente, obedezcan a la ritualidad establecida por la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica también es específica y provisional, por lo que ninguna razón habría para que se mantuviera una exigencia que respondía, como se vio, a las formas restringidas que para ese acto procesal preveía el código de 1991 (Decreto 2700). Eso sí, no sobra reiterar que la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa”*<sup>14</sup>.

Con fundamento en las previsiones normativas y jurisprudenciales anteriores, la Sala advierte que en este caso resulta perfectamente posible adentrarse en el estudio de la alternativa típica penal de ACOSO SEXUAL requerida por el litigante JHONATAN KARLO MARTÍNEZ OJEDA, que defiende los intereses jurídicos de la víctima, más aún cuando esta tipología establecida en el artículo 210-A del Código Penal, adicionado por el artículo 29 de la Ley 1257 de 2008, constituye una de las modalidades de Actos Sexuales Abusivos consagradas por el Legislador, esto es que se encuentra encasillada en el mismo libro, título y capítulo del delito base de acusación [ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS – artículo 209 ídem], contiene una cantidad de pena de prisión superlativamente menor a éste, y ha sido el tema objeto de

---

<sup>13</sup> Sentencias del 16 de marzo de 2016 (SP3339), rad. 44288; del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587.

<sup>14</sup> Esta tesis fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, en auto del 27 de agosto de 2019, radicado AP3646-2019, 51059, MP. Patricia Salazar Cuéllar.

debate interpartes en curso de las alegaciones finales; de suerte que no se estaría sorprendiendo a la defensa con el estudio de su posible configuración. Al respecto debe indicarse:

Incorre en ACOSO SEXUAL *“El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona”*. El legislador previó penas de prisión oscilantes entre uno (1) a tres (3) años para los autores del reato.

Dos conceptos resultan fundamentales en la estructura del delito de ACOSO SEXUAL: <sup>(1)</sup> concerniente al sujeto activo de la conducta y a la jerarquía que debe ostentar sobre la víctima; y <sup>(2)</sup> el relativo a los verbos rectores sobre los cuales se manifiesta la conducta típica.

Es una figura de las llamadas especiales o propias, en tanto exige en el autor una calificación o determinación de *“superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica”*, siendo elemento esencial del tipo la persecución de fines sexuales no consentidos, con idoneidad de influir en la formación de la voluntad y libertad sexuales de la víctima, sin necesidad de que para su consumación se obtengan por el autor los objetivos libidinosos, de suerte que es un punible de mera conducta o de simple actividad. También es un tipo penal amplio en su configuración, en cuanto existe un extenso margen de posibilidades en los que se puede cometer el delito, todo en función de las relaciones de todo orden establecidas entre el Perseguidor y su Víctima, a partir de lo cual la jurisprudencia penal del alto tribunal [sentencia del 13 de marzo de 2019, radicado 50967. MP. Patricia Salazar Cuéllar] indicó que *“...ha percibido esta dificultad en la*

determinación del tipo penal, advirtiéndose que, dada su textura abierta, el legislador buscó superar las relaciones convencionales de jerarquía surgidas en los ámbitos laborales, educativos o de salud y la relación de dependencia y subordinación que de los mismos dimana, para contemplar cualquier condición de superioridad manifiesta que pueda existir de parte del perpetrador hacia la víctima, lo que se desprende de las razones de superioridad manifiesta o en relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica”. En el mismo fallo se trajo a colación extractos de la exposición de motivos del proyecto de la Ley 1257 de 2008, que fue la que consagró esta novísima tipología penal, la cual se encuentra teleológicamente dirigida a la sensibilización, prevención y sanción de algunas formas de violencia y discriminación contra las mujeres, ahí se refirió que:

*“El problema de la violencia contra las mujeres como manifestación de las relaciones de poder desigual construidas históricamente entre hombres y mujeres, establecidas y aceptadas por la sociedad, debe ser abordado con una visión integral, que comprometa los procesos de sensibilización, información y educación de toda la sociedad, con la finalidad de erradicar este terrible flagelo que agobia a la humanidad, impide la conformación de sociedades auténticamente democráticas, obstaculiza el acceso al desarrollo y afecta profundamente la salud mental de la sociedad”.*

*“La violencia basada en las relaciones de subordinación que viven las mujeres ocurre tanto en el ámbito público como en el privado, esto es, en el lugar de trabajo, en los centros de salud, en los centros educativos, en el espacio de la comunidad en general, en la relación de pareja y en las relaciones intrafamiliares”.*

En definitiva, el acoso sexual es manifestación de un abuso de poder, sustentado en la asimetría de la subordinación como determinante en la aquiescencia del trato sexual, sin importar el escenario en el que la relación se desarrolle.

También indicó la Corte en el fallo referido que *“para la estructuración del tipo penal en cuestión se requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos, lo que se desprende de los verbos alternativos previstos para su realización: «acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente».* En esta dimensión no pueden catalogarse como

situaciones típicas de ACOSO SEXUAL conductas aisladas, sino actividades persistentes, incesantes y continuas, orientadas a doblegar la voluntad de la víctima.

En el presente caso se ha podido establecer fehacientemente a través de diversas piezas orales recibidas en juicio, ante el Juez de Conocimiento, que el señor JOG es el compañero sentimental y hace vida de pareja desde hace varios años con la señora JNNC, la cual es la tía materna de la menor DKIN; así lo indican las referidas, como igual lo ratificaron bajo juramento el padre de la menor MÁIZ y el joven CFBN, que es hijastro del acusado y primo de la víctima.

También se deduce de estos testimonios la relación de confianza y armonía que existía en el grupo familiar, al punto que la menor DKIN visitaba regularmente la casa de su tía J, que era una de sus referentes superiores, y el filiado JOG se quedaba a su cuidado cuando las matronas y el abuelo debían salir de su vivienda; esa importante **posición familiar**, derivada del vínculo de afinidad existente entre ellos, que alcanza el tercer grado, y que conforme el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008 puede derivarse “...de cualquier forma de matrimonio o de unión libre”, revierte en que en el sujeto se reúnen las condiciones especiales del artículo 210-A del Código Penal para habilitarlo jurídicamente como potencial destinatario del delito de ACOSO SEXUAL, por la condición de superioridad que se le otorgaba frente a ella en el ámbito intra-familiar y que le permitía adelantar los asedios denunciados [indicador de presencia u oportunidad para delinquir]. De hecho, los acontecimientos ocurridos el 9 de junio de 2014, cuando lo rozó el seno a la menor, fueron al interior de la vivienda de su suegro, y en el mismo lugar y en plano de reducido espacio o anexidad física, se ha

denunciado que ocurrió el segundo episodio del tocamiento indebido de su pierna, cuando tenía la jovencita cargada a una prima y se encontraba al frente de un computador.

En la versión de la menor víctima DKIN, rendida en sede de audiencia pública, y que es consecuente con lo que le había expresado antecedente a sus padres y a los profesionales de la salud que la atendieron de urgencias en el Hospital Infantil de Pasto, como en el abordaje especializado de psicología forense en el Instituto de Medicina Legal, por disposición del Fiscal Instructor en desarrollo de su programa metodológico de investigación [indicador objetivo de corroboración periférica basado en la persistencia y consistencia del testimonio], aparece que *“el día de los hechos [9 de junio de 2014] se encontraba en la casa de la abuela comiendo, en el lugar estaba JOG, quien “intentó abusar de ella”; esto ocurrió en un momento en el que sintió golpear la puerta y ella fue a abrirla, pero el sujeto le tapaba la puerta abriendo sus brazos y no la dejaba salir. Cuando logró salir le pasó un billete por su cara que la hizo sentir en malas condiciones”*. Fue interrogada directamente sobre si hubo algún contacto físico propiciado por el sujeto sobre su cuerpo, a lo cual indicó que *“cuando estábamos ahí él alcanzó a rozarme una parte del seno [Señalando la parte lateral izquierda del seno del mismo lado]”*. Sobre si anteriormente habían ocurrido otros hechos, indicó que *“él me daba plata y me decía que me acerque”*; al igual que contó un episodio anterior en el cual *“yo estaba con mi prima [J] en el computador, y le pedimos ayuda para que nos haga colocar un juego y yo estaba sentada con mi pierna arriba y él empezó así como a tocar la pierna”*.

Esta declaración está refiriendo la existencia de una seguidilla de actos oprobiosos atribuibles a JOG, los que se encuentran marcados por la insistente molestia, asedio, hostigamiento y persecución a la entonces preadolescente DKIN, que contaba con escasos once (11) años y algunos meses de vida al momento de los hechos, porque es nacida el

15 de enero de 2003, según fue estipulado por las partes. Ello explica la entrega de dádivas económicas que le ofrendaba, la forma como la importunaba para tener acercamientos físicos, lo que le permitió tocarle la pierna en una ocasión y su seno izquierdo en otra; todo esto lo alcanzó a dimensionar la menor como actos libidinosos o cargados de lascivia que no debía soportar, motivo por el cual los puso en conocimiento de sus progenitores.

La doctrina especializada indica que *“El acoso comprende cualquier propuesta, acercamiento, presión o actos de naturaleza sexual, física o verbal, formando un abanico de acosos que van desde la forma más simple del piropo, broma o chiste o mirada, hasta los roces, caricias, besos y apretones”*<sup>15</sup>. Varios de esos comportamientos de presión sexual fueron desplegados por JOG hacia su sobrina política; todo ello prevalido de las condiciones de superioridad o autoridad que le ofrecía la altiva relación de afinidad y confianza que tenía con la menor DKIN, por ser el esposo o compañero sentimental de su tía. Fue esta circunstancia la que la llevó a tolerar por un tiempo las presiones indebidas del sujeto, las que por mantenerlas en silencio iban progresando de manera inmanejable, la niña se sentía injustamente asediada en su sexualidad y por ello el psicólogo forense del INML, doctor VÍCTOR OSWALDO PEÑA ORDOÑEZ, que la entrevistó para establecer las eventuales secuelas por sus vivencias de asedio, encontró que presentaba profunda tristeza al narrar los hechos, manifestaba rencor hacia su agresor JOG, mostraba vergüenza frente a los hechos y por ello los narraba en tono bajo de voz, lo mismo que refirió como los acontecimientos habían exacerbado su timidez y le habían desencadenado bajo rendimiento académico, hasta el punto de perder el año en el séptimo grado. Esta

---

<sup>15</sup> ARIAS LONDOÑO, Melba. “CINCO FORMAS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER”. Segunda edición. Santa Fe de Bogotá, ECOE, 1991, página 66.

respetable declaración del experto en psicología da cuenta de los daños psicológicos causados a la menor, como víctima del delito, esto es de la antijuridicidad de la conducta, quien por ello debió recomendar apoyo profesional para que superara las secuelas del acoso.

No admite hesitación alguna de que el señor JOG ha actuado con culpabilidad, ya que de él como pariente afín de la jovencita DKIN le era socialmente esperable y exigible un comportamiento diferente al del persistente y reiterativo asedio y presión sexual al que la sometía; actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su actuar, por ello realizaba los comportamientos en un marco de intimidad o reserva. El filiado derrumbó las expectativas propias generadas en una relación familiar estrecha, como las que tenían su esposa JNNC, la madre de la menor DKIN, sus respectivos esposos, hijos y ascendientes; afectó de gran manera la armonía y solidez del grupo familiar, según aparece declarado por algunos de sus integrantes.

Finalmente, como quiera que no se ha alegado en favor del señor JOG que haya actuado bajo circunstancias de inimputabilidad, ni se avizora que pueda presentarse en su favor alguna de las circunstancias constitutivas de causales de ausencia de responsabilidad, de las establecidas en el artículo 32 del Código Penal, fuerza discernir que HAY LUGAR A DECLARAR LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL FILIADO como autor material del delito de ACOSO SEXUAL, que se le ha venido endilgando.

### **7.3.- Calificación jurídica definitiva y determinación judicial de las penas a imponer.**

El presente juicio se adelantó en contra de JOG como acusado de ser autor material doloso de un concurso homogéneo y sucesivo de delitos de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS, ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 209 DEL Código Penal, en la modalidad AGRAVADA del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, que tiene aplicabilidad cuando *“el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”*.

Esta fórmula de acusación inicial no tuvo vocación de prosperidad, por falta de pruebas relacionadas con la trascendencia o connotación de los actos libidinosos -diferentes al acceso carnal- que se atribuían; pero han sido readecuados en la figura del ACOSO SEXUAL, delito respecto del cual se ha encontrado viable emitir sentencia de condena en esta instancia, porque una determinación de esta naturaleza no se encuentra en contravía de las reglas que rigen el “principio de congruencia fáctica”.

Ahora bien, como algunos de los elementos debatidos y probados respecto de la tipología inicial de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE (14) AÑOS aparecen considerados en el artículo 211 del Código de las Penas, esta vez como circunstancias específicas de agravación punitiva para cualquier tipología atentatoria de la libertad, integridad y formación sexuales, entre ellas la de ACOSO SEXUAL, como sería la del numeral 4° [Cuando la conducta se realizare sobre persona menor de 14 años], considera la sala que no hay lugar a soslayar su aplicación, porque nos compromete una correcta labor de adecuación típica. En sentido contrario, no sería ajustable al caso la circunstancia agravante específica del numeral 2° de la misma norma, que se ha venido debatiendo en juicio, que tiene operación cuando *“el responsable*

tuviere cualquier carácter posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”, porque este elemento es integrador de la descripción típica del delito de ACOSO SEXUAL y no puede ser imputado doblemente [respeto del principio del NON BIS IN IDEM].

Así las cosas, deben conjugarse para la dosimetría punitiva los artículos 210-A y 211 numeral 4 del Código Penal. El primero establece penas de prisión de uno (1) a tres (3) años para el autor material del delito de ACOSO SEXUAL, y el segundo regula aumentos de pena de una tercera parte a la mitad cuando el delito de connotación sexual se realizare sobre persona menor de catorce 14 años. De suerte que la determinación de la pena obedecerá al siguiente procedimiento:

<b>NORMA CODIGO PENAL</b>	<b>MÍNIMO LEGAL PRISIÓN</b>	<b>MÁXIMO LEGAL PRISIÓN</b>
Artículo 210-A	12 meses	36 meses
Artículo 211 N° 4	$12 + (1/3 \times 12) = 16$ meses	$36 + (1/2 \times 36) = 54$ meses

El ámbito de movilidad punitiva es de treinta y ocho (38) meses de prisión, que al dividirse en cuatro partes cada una será de 9.5 meses, de la siguiente forma:

<b>I CUARTO</b>	<b>II CUARTO</b>	<b>III CUARTO</b>	<b>IV CUARTO</b>
16 a 25.5 meses de prisión	25.5 meses + 1 día a 35 meses de prisión	35 meses + 1 día a 44.5 meses de prisión	44.5 meses + 1 día a 54 meses de prisión

Partiremos de la base de que el señor JOG no reporta antecedentes penales [artículo 55 numeral 1 del C.P.], tampoco se le han alinderado circunstancias de mayor punibilidad genéricas de las establecidas en el artículo 58 de la misma codificación, luego lo correcto es determinar

judicialmente la pena en el primer cuarto punitivo, según lo establecido en la primera parte del artículo 61 del Código Penal. Este cuarto va entre 16 a 25.5 meses de prisión.

El caso reporta importante desvalor en el resultado, porque la víctima sufrió alteraciones comportamentales por los episodios de presión sexual que le tocó padecer de manera silente y hasta tuvo relevantes bajas en sus resultados académicos, sin pasar desapercibido que estos comportamientos afectaron de manera profunda la armonía y avenencia que se vivía en esa comunidad familiar.

Valoradas estas realidades en función de la determinación judicial de la pena, según lo establecido en el artículo 61 del Código Penal, aconsejan la imposición de una pena de prisión que se aparte del monto mínimo del primer cuarto, siendo pertinente fijarla en DIECIOCHO (18) MESES de prisión. En igual término se tasa la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En cuanto a la concesión de sustitutos y subrogados penales, la Sala dispone negar dicha posibilidad por estar expresamente prohibidos en eventos que, como este, tratan de delitos de contenido sexual afectante de intereses jurídicos de menores, prohibición consagrada tanto en el Código de la Infancia y la Adolescencia (artículo 199 de la Ley 1098 de 2006) como en el artículo 68A del Código Penal. Es así que el procesado deberá purgar la pena en establecimiento penitenciario y carcelario oficial, para lo cual se girará la correspondiente orden de captura.

#### **7.4. Del principio de doble conformidad.**

En el sistema procesal colombiano se ha establecido la **garantía o derecho constitucional a impugnar la primera sentencia condenatoria**, la cual se consagró en el Acto Legislativo 01 de 2018. Precisamente el artículo 3° de la citada Norma, modificatorio del artículo 235 de la Carta Política, atribuyó a la Sala de Casación Penal de la Corte (numeral 7), la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad de la primera condena proferida por los tribunales superiores o militares.

Para hacer aplicable la figura procesal, y ante la omisión legislativa para su desarrollo, la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, dispuso a través de pronunciamiento del 03 de abril de 2019 Rad. 54215 y del comunicado 05 del 9 de abril del mismo año las siguientes “*medidas provisionales*” orientadas a garantizar el derecho a impugnar la primera condena, que como en el presente caso ha sido emitida en segunda instancia por un Tribunal Superior;:

*“(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.*

*“(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por medio de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.*

*“(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.*

*“(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.*

*(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que ha regido el recurso –en 600 de 2000 o 906 de 2001-, para el recurso de casación.*

*(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.*

*(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió la casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.*

*(viii) Si se inadmite la demanda y –tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.*

*(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría – según sea Ley 906 o Ley 600- procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.*

*(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación”.*

En esos términos deja sentado la Sala la posibilidad que le asiste al condenando JOG y/o a su Defensor de acudir al mecanismo de *impugnación especial*, para que la presente decisión de condena sea revisada por la autoridad judicial superior, como también la oportunidad para los demás sujetos procesales de acudir al recurso extraordinario de casación, si es ese su deseo.

Por lo anteriormente expuesto, y sin que el caso amerite otras consideraciones, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto - Nariño, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO.- REVOCAR** en todas sus partes la sentencia absolutoria proferida en audiencia pública del 28 de febrero de 2021, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto - Nariño, dentro del radicado 2014-04442 y radicación interna NI. 23960 que se adelantó en contra del señor JOG, identificado con la cédula de ciudadanía número ... expedida en el municipio de Chachaguí – Nariño.

**SEGUNDO.-** En su lugar se dispone: **PROFERIR SENTENCIA CONDENATORIA** en contra del señor JOG, de las condiciones civiles y personales conocidas en el proceso, como autor material del delito de ACOSO SEXUAL en modalidad agravada, establecido en el artículo 210-A y 211 numeral 4 del Código Penal, de acuerdo con las consideraciones precedentes.

**TERCERO.- IMPONER** al señor JOG la pena principal de DIECIOCHO (18) MESES DE PRISIÓN, y en igual término se fija la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

**CUARTO.- NEGAR** la concesión de sustitutos, subrogados y beneficios penales al condenado.

**QUINTO.-** Para la ejecución de la sanción privativa de la libertad impuesta a JOG, se dispone librar boleta de captura ante las autoridades correspondientes.

**SEXTO.-** Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede la IMPUGNACIÓN ESPECIAL para los procesados

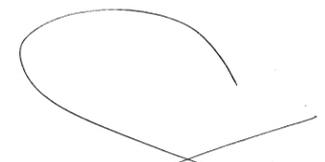
y/o sus defensores y el recurso extraordinario de casación para el resto de sujetos procesales, en los términos explicados en precedencia.

En caso de interposición tanto de la impugnación especial como el recurso extraordinario de casación, la Secretaría del Tribunal dará cabal cumplimiento, en lo que le corresponde, a lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su comunicado 05/19.

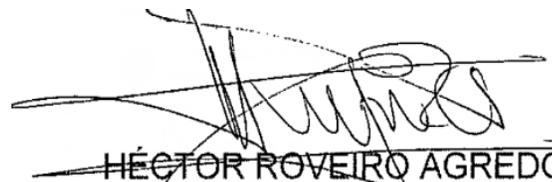
**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**



**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**  
Magistrado



**CON ACLARACIÓN DE VOTO**  
**FRANCO SOLARTE PORTILLA**  
Magistrado



**HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN**  
Magistrado



**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**  
Secretario

**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto  
Sala de Decisión Penal**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**Magistrado Ponente : Silvio Castrillón Paz**  
**Delito : Acoso Sexual**  
**Procesado : JOG**  
**Radicación : 52001600048520140444201 NI. 23960**

**San Juan de Pasto, trece de mayo de dos mil veintidós**

Habida consideración que en otras oportunidades el suscrito Magistrado había expuesto, así sea de paso -como lo hizo en el asunto con radicación interna 8231 con ponencia de la honorable magistrada Blanca Lidia Arellano, entre otros-, que el delito de acoso sexual podía no estructurarse cuando quiera que la víctima sea una persona menor de edad, ahora encuentro con claridad que ello sí es posible, en el entendido que aun por parte de personas de esa temprana edad es factible ofrecer un asentimiento en una eventual relación de connotación sexual, aunque en el plano de estricta connotación jurídica, por disposición legislativa, dicha manifestación se encuentre viciada por inmadurez psicológica.

Por eso es que he convalidado con mi firma y sin reparos el contenido y decisión del fallo en referencia.

Atentamente,

**Franco Solarte Portilla**  
**Magistrado**