

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA PENAL

Magistrado Ponente:	RAMIRO RIAÑO RIAÑO
Radicación:	110016000016201702298 01
Procesado:	Jhonatan Patiño Saénz
Delito:	Actos sexuales con menor de 14 años
Procedencia:	Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento
Motivo de apelación:	Sentencia condenatoria
Decisión:	Confirmar

**Aprobado mediante acta N° 070/2022**

Bogotá D. C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022)

**1. MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Resolver los recursos de apelación interpuestos por la defensa y la agente del Ministerio Público contra la sentencia del 29 de junio de 2021, mediante la cual el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá condenó a **Jhonatan Patiño Saénz** por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

**2. SITUACIÓN FÁCTICA**

Entre abril de 2016 y marzo de 2017, cuando el niño S.P.P contaba con seis años, de edad, en la casa de su abuela, ubicada en la carrera 8 No.18-99 Sur del barrio Sosiego en Bogotá a donde el niño iba a visitar los fines de semana al papá, su tío, **Jhonatan Patiño Saénz**, en diversas oportunidades, le bajó los pantalones y le tocó el pene con la mano.

**3. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES**

3.1 El 7 de marzo de 2019<sup>1</sup>, ante el Juzgado 42 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá la Fiscalía General de la Nación formuló imputación de cargos contra **Jhonatan Patiño Sáenz** como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, conforme los artículos 209 y 211 numeral 5º del CP, cargos no aceptados por el imputado.

No se solicitó la imposición de medida de aseguramiento.

3.2 El 4 de junio de 2019<sup>2</sup> radicó escrito de acusación que correspondió por reparto al Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, autoridad ante la cual formuló cargos el 4 de octubre de 2019<sup>3</sup>, conforme la calificación jurídica antes descrita.

3.3 El 21 de septiembre de 2020 se celebró audiencia preparatoria en la que se decretaron las pruebas pedidas por las partes.

3.4 El juicio oral se adelantó en las sesiones del 18, 19 y 21 enero, 26 de marzo, 14 y 20 de mayo de 2021<sup>4</sup>, en ésta última se anunció sentido de fallo condenatorio y se corrió el traslado del artículo 447 del cual hicieron uso las partes conforme a lo allí previsto.

3.5 El 29 de junio de 2021<sup>5</sup> profirió la respectiva sentencia condenatoria decisión contra la cual la defensa y el Ministerio Público interpusieron el recurso de apelación que fue sustentado en tiempo.

#### 4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

4.1 En la sentencia de la referida fecha, el Juzgado 18 Penal del Circuito de Conocimiento de la ciudad condenó a **Jhonatan Patiño Sáenz** como

---

<sup>1</sup> Folio 7 del cuaderno virtual de la actuación

<sup>2</sup> Folio 16 y ss. ibídem

<sup>3</sup> Folio 29 ibídem

<sup>4</sup> Archivo digital de actas de juicio

<sup>5</sup> Archivo sentencia condenatoria

autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

4.2 Al emprender el estudio correspondiente, después de disertar en general sobre el crédito de los testimonios de los menores de edad en la doctrina y la jurisprudencia y sobre el alcance del delito por el que fue acusado el procesado, afirmó que: *“emerge evidente, adversamente a lo sostenido por la representación del ministerio público y la defensa técnica, que entre el 2016 y 2017, S.P.P. de 5 y 6 años de edad, para esa época, respectivamente, fue objeto de manipulaciones impúdicas por el tío paterno, quien lo tomaba de los brazos y luego le manoseaba el pene y el pecho, lo que sucedía cuando se encontraba observando televisión o acostado en el cuarto del papa, ubicado el inmueble de la Carrera 8 N° 18-99 Sur Barrio el Sosiego, los fines de semana, cuando era traslado allí, para compartir en familia, dada la relación disfuncional que existía con la progenitora, lo que ocurrió aproximadamente 7 veces.”*. Lo cual se adecúa al delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado por el parentesco (Patiño Sáenz es tío de S.P.P).

A la anterior conclusión arribó porque el examen de las pruebas practicadas en juicio así se lo indicaron. En ese sentido, afirmó que la víctima fue siempre coherente al narrar los hechos en los diferentes escenarios en que lo hizo, en tono firme y seguro señaló inequívocamente a **Jhonatan Patiño Sáenz** como la persona que en varias ocasiones, cuando nadie estaba presente, le agarraba el pene cuando era trasladado a la casa de su abuela paterna los sábados y domingos, lugar en el que residía el acusado.

Consideró probado que el encartado prestó servicio militar desde el 14 de enero de 2016 hasta el 14 de enero de 2017, pero aclaró que no por eso puede exhibirse ajeno a los hechos, en tanto esa circunstancia no le impedía acudir a su residencia en uso de permiso; incluso la víctima describió que uno de los ataques a su integridad sexual se produjo cuando su tío portaba el uniforme.

Desechó la juez que lo dicho por el menor de edad S.P.P estuviese

impulsado por un ánimo vindicativo de su progenitora hacia su padre por la pésima relación que había entre ellos, pues de ser así el artificio se habría construido contra el progenitor y no contra el hermano de éste.

Le pareció creíble a la juzgadora de primer grado lo dicho por la víctima, por los detalles que expresó sobre la ubicación del lugar donde ocurrieron los sucesos, la descripción de lo acontecido, de las circunstancias que lo rodearon y de los sentimientos que dijo le generó el hecho por el que acá se procede.

Acerca de que el niño se contradijo pues en entrevista señaló que su tío le bajó los pantalones y le manipuló los genitales, mientras en el juicio relató que los tocamientos fueron por encima de la ropa y además en el pecho, consideró la juez que es una inconsistencia insuficiente para demeritar el testimonio de la víctima porque por encima o por debajo de la ropa de todas formas los tocamientos se ejecutaron para la satisfacción del apetito libidinoso del victimario configurando un comportamiento de contenido erótico carnal y por tanto delictivo.

Agregó que los detalles que dio el menor de edad sobre las circunstancias en que se presentaban los tocamientos fueron precisas y nítidamente indican que fue objeto de abuso por parte de su tío.

Aseveró que el dicho de la víctima encuentra respaldo en lo atestado por otros deponentes, por ejemplo, es concordante con lo que declaró su progenitora en cuanto a las razones por las que iba al inmueble donde ocurrieron los hechos, las personas que residían allí, las actividades de dispersión del papá y la indiferencia del progenitor de la víctima frente a los hechos.

Aunado a eso, calificó el relato de la víctima sobre lo acontecido como consistente, al mantener el hilo conductor en las versiones que entregó a su progenitora y a la orientadora del colegio, pues siempre manifestó que el tío le cogía de los brazos y le tocaba el pene y el pecho en la casa

de su abuela.

En criterio de la falladora de primer grado la víctima para la época de los hechos contaba con una edad que le permitía comprender *“de ahí que, los actos libidinosos le generaron un conocimiento que ya identificaba como inapropiado, pues era incompatible con su edad y formación sexual y no podía asociarlo con un lenguaje que fuera accesible a ella, a menos, que alguien se lo haya enseñado, o como en este asunto, lo haya vivido directamente, siendo la razón, por la que estuvo en capacidad de proporcionar la información, pues su aprehensión fue producto de los actos libidinosos a los que fue sometido por el acusado.”*

En relación con las pruebas de descargo adujo que ninguno de los testimonios recibidos logró infirmar la ocurrencia de los actos sexuales denunciados así como tampoco acreditaron la existencia de una manipulación de la progenitora de la víctima.

Explicó que la credibilidad que le mereció el testimonio del afectado estaba dada por su coherencia, característica que no habría estado presente si los sucesos hubiesen sido inventados y no vividos.

Aclaró que si bien, la entrevista forense del menor de edad se decretó como prueba de referencia al cumplir los presupuestos para ello, no es cierto que el proceso solo cuente con pruebas de esa naturaleza como dijo la defensa, pues hay prueba directa: lo declarado en juicio por la víctima.

En ese orden, consideró que el acusado, persona capaz de autodeterminarse, al hacer tocamientos impúdicos sobre menor de catorce años, desplegó una acción ilícita contenida en los artículos 209 y 2011 numeral 5º del CP en concurso homogéneo, vulneradora de bienes jurídicamente tutelados y lo hizo con conocimiento e intención de trasgredir la ley penal sin mediar causal de justificación, razón por la cual es susceptible de sanción penal.

4.3 Para calcular la pena de prisión recordó que el delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años agravado contempla un rango de 144 a 234 meses de prisión.

Después de dividir ese ámbito punitivo de movilidad en cuartos, escogió el primero de ellos ( de 144 a 166.5 meses de prisión) por la carencia de antecedentes penales. Dentro de ese rango determinó que la pena a imponer era de 150 meses de prisión debido al daño que le causó el procesado al menor de edad en su proceso de formación sexual al dejarle una huella imborrable y a que el agresor se aprovechó de la condición que tenía respecto del agraviado. Por ese mismo término inhabilito a Patiño Saéñz para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4.4 En cuanto a los subrogados penales, le negó al procesado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por la prohibición contenida en la Ley 1098 de 2006 y dispuso librar la correspondiente orden de captura, para hacer efectiva la pena impuesta.

4.5 Finalmente, informó a la víctima que ejecutoriada la sentencia condenatoria cuenta con 30 días para iniciar el incidente de reparación integral.

## **5. DE LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión atrás reseñada el defensor del procesado y la agente del Ministerio Público la apelaron, para solicitar su revocatoria y la consecuente absolución.

### **5.1 La Defensa**

Empezó por alegar vulnerado el principio de congruencia en atención a que en la audiencia de imputación se atribuyeron cargos por hechos

indeterminados y con circunstancias de tiempo, modo y lugar ambiguas que solo fueron precisadas en la audiencia de acusación incluyendo hechos jurídicamente relevantes nuevos no conocidos con antelación por el procesado y mezclándolos con hechos indicadores.

Arguyó que en el debate probatorio las pruebas ofrecidas por la Fiscalía no respaldaron el marco fáctico.

En materia de valoración probatoria puso de presente su inconformidad con la valoración del testimonio de la madre de la víctima, pues el despacho no tuvo en cuenta inconsistencias en las fechas que dio, por ejemplo no mencionó en la denuncia el año 2016 (mes de abril) como el inicio de las conductas punibles contra su hijo; dijo en un momento que el niño no le había precisado la fecha de las agresiones sexuales pero después afirmó que sí; fue imprecisa al señalar que para enero de 2017 su hijo se quedó en casa de la abuela, puesto que para esa fecha la abuela estaba en la feria de Manizales y el acusado en el Batallón Militar, de manera que no había forma de que el niño estuviera en esa vivienda solo.

Adicionó que la versión de la progenitora de la víctima y S.P.P se excluyen en cuanto a quién reveló primero los hechos éste último, puesto que el niño dice que primero acudió a su papá y la declarante indicó que el papá se enteró después y fue por WhatsApp.

Arguyó que *“todo esto surge después que el padre del menor tenía los permisos por juzgado de familia para visitas de los menores y cuando ya le había pedido a la señora LIDA YOLANDA que entregara el apartamento donde vivía, evidenciando el ánimo de venganza, la animadversión, que había y los problemas de familia irreparables que existían entre ella y el padre del menor SPP”*. Por eso, desde su óptica la progenitora del menor creó una falsa memoria en él sobre tocamientos en sus partes íntimas.

Cuestionó que la progenitora haya dicho que cuando le preguntó al niño

sobre la cantidad de veces que ocurrieron los tocamientos éste le haya pedido los dedos de su mano para ayudarlo a contar, en tanto el menor de edad podía perfectamente contar hasta 5 o 7 (que fueron las veces que indicó fue tocado por su tío), sin ayuda de nadie.

Después se ocupó de analizar el relato del menor para hacer ver que si es que éste observó a su tío uniformado cuando perpetraba en su contra las conductas, eso solo pudo suceder en el 2016, pues para enero de 2017 el acusado ya no era soldado; sin embargo, en ningún momento la denuncia precisa que los hechos hayan sido en el 2016, tampoco la madre de la víctima se refirió a ese año como el de los sucesos.

En todo caso dijo que, el niño nunca pudo haber visto uniformado al acusado ni aun cuando lo visitó junto con su padre y la progenitora del procesado en el batallón porque esa visita según lo declararon quienes asistieron con el niño a la guarnición militar fue el 17 de enero de 2016 cuando **Patiño Sáenz** todavía no tenía la dotación de militar al llevar tan solo 4 días de estar en el ejército.

Sobre los testigos que presentó la defensa, esto es, Jaime Patiño, Elvira Sáenz y Liliana Galindo, aseveró el abogado que no son irrelevantes en punto de aspectos tales como: cuándo acudía la víctima a la casa de la abuela, con quién permanecía, qué hacía allá, o si el acusado visitaba la casa de Elvira con uniforme cuando pertenecía al ejército.

A parte, apoyado en el dictamen pericial del doctor Luis Eduardo Piza criticó la metodología de la entrevista realizada a la víctima para decir que las preguntas pudieron haber generado falsos recuerdos.

Seguidamente, mencionó que en el interrogatorio al indiciado ante la Fiscalía su representado explicó que no se quedaba a solas con su sobrino y también cuándo ingresó al ejército, lo cual no fue tenido en cuenta por la juez.

Censuró que la sentencia contenga suposiciones consistentes en que al

acusado le otorgaban permisos todos los fines de semana, que se trasladaba uniformado desde el departamento en el que prestaba servicio y además permanecía así en su casa, cuando la experiencia enseña algo contrario: los permisos en el ejército son escasos y concedidos, los soldados se visten de civil para su disfrute.

Finalmente, señaló que no discute que estos delitos se ejecuten a puerta cerrada, pero en este caso, no tuvo la oportunidad su representado de quedarse a solas con la víctima, pues siempre el menor era acompañado por Jaime Patiño, su padre, como este lo atestó en juicio, sin que pueda considerarse que quería favorecer a su hermano por encima de su propio hijo por quien sentía amor.

## **5.2 El Ministerio Público**

Indicó que, al estar fundada la sentencia condenatoria en el testimonio de un menor de edad era necesario verificar el cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales para evaluar ese tipo de declaraciones: (i) persistencia en la incriminación, que debe ser sin ambigüedades y contradicciones; (ii) que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el hecho; (iii) que no haya incredulidad derivada de la existencia de rencor o enemistad.

El primero de esos presupuestos no está satisfecho para la apelante, porque *“es evidente que existen contradicciones y ambigüedades en las versiones [la del juicio oral y la de la entrevista forense] suministradas por el menor, siendo dichos aspectos del núcleo esencial de la conducta punible porque es allí donde se describe qué ocurrió y cómo ocurrió.”* Soportó esa conclusión en que hay discordancias entre ambos relatos acerca de aspectos tales como si el tocamiento era por encima o debajo de la ropa, el cuarto de la casa y el momento en el que sucedían y la manera como se ejecutaban.

En cuanto al segundo tópico, aseveró carente de “corroboración periférica” lo dicho por la víctima puesto que para el rango de tiempo

en el que, según la acusación se produjeron los hechos, el acusado estaba prestando servicio militar (entre el 14 de enero de 2016 y 14 de enero de 2017) y aunque el juzgado dijo que disfrutó de permisos y ahí perpetró los actos sexuales abusivos contra el menor de edad esa circunstancia no fue aprobada por la Fiscalía; tampoco lo fue que se quedaran a solas víctima y victimario entre abril de 2016 y marzo de 2017. Junto a ese argumento trajo a colación que según el menor de edad, la última vez que vio a su tío **Jhonatan** fue cuando lo visitaron en el batallón (o sea a inicios de 2016) en concordancia con lo señalado por su abuela Elvira y su papá Jaime Patiño, luego en el período acusado no coincidieron Jhonatan y SPP en la casa de la abuela.

Se preguntó por qué no creer en el testimonio de Jaime Patiño (el padre de la víctima), pues en el juicio demostró el amor por sus hijos y lo importante que era compartir tiempo con ellos; de ahí que para la impugnante es creíble que solo el progenitor cuidaba de la víctima (así lo expresaron al unísono todos los testigos de descargo) y no lo dejaba a cargo de nadie más, lo que no pudo dejar campo a que su tío agrediera sexualmente

Finalmente, consideró que sí hay razones para pensar que el acusado está incriminado falsamente. Al punto, recordó que los testimonios de cargo y descargo recibidos en juicio evidencian la mala relación entre la mamá y el papá de la víctima:

*Una relación fragmentada en la que se impide al progenitor ver a sus hijos, al punto que debe acudir a las autoridades para que le regulen las visitas, un trato nulo entre progenitores y la problemática por la posesión de un bien inmueble, son razones suficientes para generarse en LIDA YOLANDA PÉREZ ánimo vindicativo contra el señor JAIME ALBERTO PATIÑO, y si bien la denuncia sobre los hechos no es en su contra le afecta de manera directa porque se trata de su hermano. Además, necesario es tener en cuenta que si el procesado fuese el señor JAIME PATIÑO SANEZ este quedaría en imposibilidad de responder por la cuota alimentaria a favor de los menores y según lo indicado en juicio por la señora LIDA YOLANDA el señor PATIÑO cumple con dicha obligación.*

En síntesis no encontró creíble el testimonio del menor de edad SPP y demandó la absolución del procesado por no estar satisfecho el presupuesto legal para condenar.

## 6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

**6.1.** La Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación, en virtud del numeral 1º del artículo 34 e inciso final del artículo 179 de la Ley 906 de 2004. Por consiguiente, pasará a resolver el asunto planteado por la recurrente, dentro del marco delimitado por el objeto de la impugnación.

**6.2** El problema jurídico se concreta en determinar **(i)** si debe anularse la actuación por falta de precisión en la audiencia de imputación de los hechos jurídicamente relevantes o por haberse añadido hechos nuevos en la acusación; **(ii)** si de acuerdo con las pruebas debatidas en juicio, se encuentra probado, más allá de duda razonable que el acusado es autor responsable del delito de acto sexual con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo..

### 6.3 Fundamentos para resolver

#### 6.3.1 El delito por el que se procede

La Fiscalía atribuyó a **Jhonatan Patiño Sáenz** la comisión, a título de autor, de la conducta punible descrita en los artículos 209 y 211 numeral 5º del CP en concurso homogéneo sucesivo, que corresponde a la denominación jurídica de acto sexual con menor de catorce años agravado por el parentesco.

Esa conducta se compone de diversas modalidades:

- (i) Quien realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de 14 años;
- (ii) Quien realice actos de connotación sexual en su presencia y,
- (iii) Quien la induzca a la realización de prácticas sexuales.

En aras de explicar tales eventos, la Sala de Casación Penal del Corte Suprema de Justicia precisó:

*La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito, la segunda modalidad implica que sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan y la última hipótesis requiere que se le instigue o persuada para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido. (CSJ. AP 998 de 2020)*

Específicamente sobre lo que son actos sexuales la jurisprudencia ha dicho lo siguiente:

*... son actos sexuales las conductas que en sus fases objetiva u subjetiva están dirigidas “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 abusivas que se tornan invasivas de las partes íntimas del otro. (CSJ. SP 991 de 2021)*

### **6.3.2 La prueba de referencia**

Toda declaración realizada por fuera del juicio oral, por cuyo medio las partes pretendan probar un hecho jurídicamente relevante, se considera prueba de referencia (art. 437 del CPP) y, cuando es admisible, tiene asignado un menor valor suasorio traducido en que, por sí misma, no es suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria (inc. 2 art. 381 ejusdem).

La poca confiabilidad de la prueba de referencia se deriva de la afectación que produce en el derecho de confrontación, teniendo en cuenta que la parte contra la que se aduce no tiene la posibilidad de formularle al declarante preguntas tendientes a cuestionar su credibilidad y refutar sus afirmaciones. Es por ello por lo que la prueba de referencia es admisible solo de forma excepcional, en los casos contemplados expresamente en la regla procesal 438, según la cual:

*“Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:*

- a) *Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
- b) *Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
- c) *Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
- d) *Ha fallecido.*
- e) *Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código”.*

### **6.3.3 Las entrevistas practicadas a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales y su incorporación en juicio como prueba de referencia o testimonio adjunto.**

De acuerdo con el último literal del artículo 438 del CPP, las entrevistas rendidas por los menores que han sido víctimas de delitos sexuales son excepcionalmente admisibles como prueba de referencia. Ello no significa que el juez pueda permitir su incorporación y valorarlas como cualquier otro elemento de convicción, pues tal clase de prueba obliga al necesario balance que debe procurarse entre los derechos de los niños víctimas de tales conductas y las garantías procesales del acusado y siempre y cuando se cumplan las exigencias legales para ser solicitadas e incorporadas.

De manera que, por regla general, si el agraviado acude a juicio no es posible aducir sus declaraciones anteriores como prueba de referencia y ello solo será procedente si, a pesar de presentarse al debate probatorio y atestar, en realidad, su disponibilidad resultó relativa en la medida que no se encontraba en plenas condiciones para rendir el testimonio. Así, por ejemplo:

*“es posible que para el momento del juicio oral el niño no esté en capacidad de entregar un relato completo de los hechos, bien porque haya iniciado un proceso de superación del episodio traumático, porque su corta edad y el paso del tiempo le impidan recordar, por las presiones propias del escenario judicial (así se tomen las medidas dispuestas en la ley para aminorarlo), por lo inconveniente que puede resultar un nuevo interrogatorio exhaustivo (de ahí la tendencia a que sólo declare una vez), entre otras razones” (CSJ. SP del 11 de julio de 2018. Rad. 50637)*

Además, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *“Si el testigo no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia”* (ibidem), por manera que *“Desde la perspectiva de la parte contra la que se aduce el testimonio, es claro que no existe ninguna posibilidad de ejercer el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (elemento estructural del derecho a la confrontación), cuando el testigo se niega a responder las preguntas. Ante esa situación, la declaración anterior del testigo tiene el carácter de prueba de referencia”* (ídem).

Adicionalmente, la incorporación y valoración de una declaración anterior como prueba de referencia supone que la parte interesada haya solicitado su aducción en el escenario procesal correspondiente, esto es, la audiencia preparatoria si desde allí conocía las razones que permitían su admisión excepcional o el juicio oral si los motivos sobrevienen durante el debate probatorio.

En consecuencia, en los casos de delitos sexuales cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes, corresponde al fiscal valorar la situación de la víctima y decidir cómo llevará al juez el conocimiento los hechos que considera constitutivos de una conducta punible, con miras a probar su teoría del caso sin atropellar los derechos del acusado.

Para ello, deberá descubrir las entrevistas rendidas por el afectado y si desde la audiencia preparatoria anticipa que su testigo solo estará disponible de manera relativa, por presentarse cualquiera de las situaciones ya referidas, solicitar en ese momento su admisión excepcional como pruebas de referencia. De otra parte, si es que es en el juicio en donde la víctima da señales de no encontrarse plenamente disponible para declarar, será allí en donde deba solicitar la admisión de la prueba referencial, cumpliendo las respectivas cargas argumentativas, de manera que la defensa pueda ejercer la contradicción sobre las exigencias para tal decreto y el juez cuente con los elementos necesarios para decidir el asunto, emitiendo un pronunciamiento expreso sobre la solicitud probatoria.

Al respecto, desde hace varios años la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que:

*“para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia (...) (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente” (CSJ. Sentencia del 25 de enero de 2017. Rad. 44950).*

Otro de los eventos excepcionales en los que se ha avalado por vía jurisprudencial la incorporación de las declaraciones anteriores es el de la retractación de la víctima, caso en el cual sus deposiciones previas pueden ser aducidas como *testimonio adjunto*, igualmente si se cumplen las condiciones para su incorporación y valoración, a la luz de las reglas de producción.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

*“La noción de testimonio adjunto, que carece de consagración expresa en el Código de Procedimiento Penal, ha sido desarrollada por la jurisprudencia en atención a que, conforme lo enseña la práctica judicial, con no poca frecuencia sucede que quienes concurren al juicio a rendir testimonio se desdican de las aserciones que han efectuado en entrevistas y declaraciones anteriores, las modifican sustancialmente o incluso rehúsan haberlas efectuado.*

*Así, la Sala ha decantado una línea de pensamiento orientada a que, frente a un escenario de retractación o modificación sustancial de la versión de un testigo en la vista pública, la parte interesada pueda incorporar como testimonio adjunto, susceptible de plena valoración, sus manifestaciones anteriores al juicio, pero desde luego, ello sólo resulta posible, por virtud del artículo 16 precitado, en la medida en que se garantice a la parte contra la cual aquéllas se aducen la posibilidad de ejercer la confrontación y contradicción. (CSJ. Sentencia del 20 de mayo de 2020. Rad. 52045)*

En todo caso, la incorporación de una declaración previa en calidad de testimonio adjunto debe satisfacer una serie de requisitos como lo son: i) que el testigo esté disponible física y funcionalmente en el juicio, ii) que aquel se retracte de sus aserciones anteriores u ofrezca una versión sustancialmente diferente y iii) que la declaración anterior se incorpore a través de su lectura, a solicitud de la parte interesada, para que el juez

cuenta con las dos versiones y pueda contrastarlas y decidir a cuál asigna un mayor mérito suasorio (CSJ. Sentencia del 25 de enero de 2017. Rad. 44950).

Además de ello, resulta fundamental que a la parte contra la cual se aducen le sean garantizados los derechos de confrontación y contradicción. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia apuntó que:

*“La aducción de esas manifestaciones anteriores no puede obrar automáticamente y de oficio, sin un pedido expreso de la parte interesada. En primer lugar, porque ello comportaría una suerte de actividad probatoria oficiosa, inequívocamente vedada en el ordenamiento procesal aplicable a este asunto; mal podría el funcionario valorar como testimonio adjunto (esto es, como una verdadera prueba) una declaración previa cuya incorporación en tal calidad no fue solicitada oportunamente, pues con ello estaría arrogándose una iniciativa de la que está desprovisto.*

*De otro lado, porque así resultaría sorprendida la parte contraria, para la cual, entonces, resultaría pretermitida la posibilidad de oponerse a tal incorporación y de controvertir los fundamentos de la misma, con ostensible violación del debido proceso probatorio.*

*En esa comprensión, quien pretende la aducción de una declaración como testimonio adjunto debe solicitarla y, para ello, tiene la carga argumentativa de demostrar que (i) el testigo está disponible en el juicio; (ii) al rendir testimonio se retractó de sus anteriores aserciones o las modificó sustancialmente y; (iii) la deposición previa fue leída durante el interrogatorio de quien la produjo, con lo cual se le permitió a la contraparte ejercer la confrontación respecto de sus contenidos.*

*Sobre tal petición (como sobre cualquier otra de naturaleza probatoria) necesariamente deberá permitirse a la contraparte intervenir, a efectos de que, si a bien lo tiene, refute el cumplimiento de una o más de las condiciones que habilitan la incorporación del testimonio adjunto, por ejemplo, porque (i) en realidad el testigo no estuvo disponible, (ii) no existió una retractación, o (iii) no se le dio lectura ni se materializó el derecho de confrontación frente a la declaración anterior” (ibidem).*

#### **6.4 el caso concreto**

En los términos en que fue planteado el recurso de apelación se advierte que el defensor persigue (i) tácitamente la nulidad de lo actuado por violación al debido proceso y al principio de congruencia, al no estar claros los hechos jurídicamente relevantes desde la imputación y además haberse adicionado hechos en la acusación; (ii) la absolución

porque: las pruebas de la Fiscalía, particularmente el testimonio de la víctima no es creíble. Eso último también lo propone la delegada del Ministerio Público que impugnó. La Sala a resolverá en ese orden los reproches planteados

#### **6.4.1. De la nulidad.**

Conforme lo tiene dicho la jurisprudencia tanto la falta de claridad y concreción de los hechos jurídicamente relevantes en la imputación, como la adición o modificación sustancial de aquellos en la acusación o la sentencia acarrear la nulidad de lo actuado, en el primer evento por vulneración del derecho a la defensa y en el segundo por transgredirse el principio de congruencia:

*Cuando se habla de yerros en la fijación y comunicación de los hechos jurídicamente relevantes, es decir, cuando se comprueba que estos no fueron adecuadamente planteados en la imputación o la acusación, se impone la anulación del trámite por afectación directa del debido proceso en su componente del derecho de defensa...*

*Situación distinta ocurre cuando los hechos jurídicamente relevantes correctamente establecidos desde la imputación sufren una modificación sustancial en la acusación o en la sentencia. En este caso, se vulnera el principio de congruencia, cuya reivindicación impone también la declaratoria de nulidad, lo que no sucede con la calificación jurídica, que es susceptible de ser modificada en la acusación y también en los fallos, con algunas restricciones. (CSJ. SP 570 de 2022)*

Efectuado el análisis que corresponde hacer al Tribunal en este punto, no encuentra que deba anularse ni por falta de precisión de los hechos jurídicamente relevantes en la imputación ni porque hayan sido agregados hechos nuevos en la acusación.

Tenemos que, en la audiencia de imputación le comunicó al procesado asistido por su abogado que los hechos por los que se le investigaba consistían en que: para los meses de febrero y marzo de 2017, en el inmueble de la carrera 8 no. 18-99 Sur del barrio Sosiego en Bogotá le realizó tocamientos en la parte genital al menor SPP (su sobrino) de seis años, de edad para entonces, le bajó los pantalones y manipuló el pene con las manos; además incitaba a la hermana del menor a que le

escupiera la cara. Esa situación para la Fiscalía encajó en el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado por el parentesco en concurso homogéneo (artículos 2099, 211 numeral 5 del CP)

Así que, la Fiscalía comunicó con precisión y concreción la situación fáctica constitutiva del delito cuya comisión le atribuyó al **Patiño Sáenz**, fijando un maco temporal de ocurrencia. Luego no es cierto que los hechos jurídicamente relevantes hayan sido indeterminados o ambiguos. Es más, el propio defensor de entonces, que es el mismo que hoy apela cuestionando la situación fáctica esbozada en la imputación, dijo frente a ese acto procesal en aquella oportunidad: *“en el día de hoy la formulada por el delegado cumple con lo fáctico, lo jurídico y lo probatorio”*

Pertinente clarificar que por el hecho de que la Fiscalía no haya determinado con exactitud la fecha de los acontecimientos no puede calificarse de indeterminada la imputación, puesto que en todo caso, fijó un lapso, con lo que cumplió la carga de enmarcarlos en alguna temporalidad: *“No se discute que lo deseable es que exista la mayor exactitud en la determinación de la fecha en que se llevó a cabo el camino delictivo, no obstante, es posible cumplir dicha aspiración, a través del señalamiento de unos lapsos...”* (CSJ. AP1041 de 2021)

Ahora bien, en la acusación esa situación fáctica no sufrió ninguna modificación sustancial, simplemente amplió el lapso de ocurrencia de los sucesos, para decir que iba de abril de 2016 a marzo de 2017 y se precisó que las conductas se desplegaban por el procesado los fines de semana, aprovechando los permisos que obtenía en el ejército, pero se mantuvo invariable en cuanto a que **Patiño Sáenz** en diversas oportunidades le bajó los pantalones a su sobrino SPP (quien tenía entre 5 y 6 años de edad) y le tocó el pene, lo cual acontecía en el inmueble de la carrera 8 no. 18-99 Sur del barrio Sosiego en Bogotá, casa de la abuela de la víctima cuando veían televisión.

Por manera que la hipótesis delictiva no varió para nada, solamente se aclararon aspectos relacionados con el tiempo de su ocurrencia debido a nuevos datos obtenidos en el avance del proceso investigativo de la Fiscalía sin implicar para el procesado ninguna alteración negativa o perjudicial en lo que respecta a la calificación jurídica, lo cual es permitido:

*Sucede con frecuencia que en la audiencia de acusación se hacen precisiones acerca de las condiciones de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos, sin que ello implique la subsunción de los mismos en un tipo penal más gravoso, la inclusión de circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, etcétera.*

*Ello no solo se aviene al carácter progresivo de la actuación, sino, además, a lo regulado en el artículo 339 sobre las aclaraciones, adiciones o correcciones que pueden hacerse al escrito de acusación. Bajo esas condiciones, difícilmente puede alegarse que el procesado ha sido sometido a algún tipo de indefensión, por el conocimiento tardío de los hechos por los que es llamado a responder penalmente. (CSJ. SP 2042 de 2019)*

De modo que el Tribunal no encuentra ni que los hechos no hayan sido definidos con claridad desde la imputación ni que en la acusación fuera sorprendido el procesado con hipótesis delictivas diversas a las que se le habían informado al imputarle cargos. Por tanto, no hay lugar a anular la actuación.

#### **6.4.2 La valoración probatoria**

**6.4.2.1** En relación con la valoración probatoria lo primero es indicar que, en el asunto concreto, lo dicho la progenitora de S.P.P y por la profesora del colegio de éste, sobre lo que el niño les relató acerca de los abusos que contra él cometía Jhonatan no tienen la calidad de prueba de referencia admisible. Ello es así, porque son versiones de la víctima rendidas por fuera del juicio sobre hechos jurídicamente relevantes sobre las que las partes no agotaron el procedimiento requerido atrás descrito, ni demandaron su aducción en tal condición de prueba de referencia, por consiguiente, no pueden entenderse

válidamente integradas al proceso, luego no serán tenidos en cuenta ni valorados como prueba.

La misma suerte correrá la entrevista rendida por S.P.P ante la investigadora Diana Yasmín Guerrero porque si bien fue pedida y decretada como prueba de referencia y en tal virtud se introdujo a juicio no puede asumirse que fue válidamente incorporada al contradictorio debido a que el menor de edad estuvo plenamente disponible en juicio, lo que torna inadmisibile esa prueba conforme lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por eso no se valorará. Con ello queda relevada la Corporación de examinar las deficiencias metodológicas de las que pudo adolecer la entrevista y también las supuestas contradicciones entre su contenido y lo relatado en el juicio por el menor de edad.

Además, tampoco esa entrevista fue utilizada para impugnar credibilidad en el juicio, lo que torna improcedente que se intente usarla ahora para ese propósito:

*...según lo ha precisado la Corte, si en el juicio oral no se ejerce la facultad de impugnar la credibilidad del testigo y esa actividad requiere de base probatoria (v. gr., una entrevista recibida en la indagación o investigación), la parte respectiva “(...) ya no podrá plantear en estadios procesales subsiguientes, ni en instancias superiores, ni en casación, ataques a la credibilidad de la prueba testimonial por motivos que requieran base o acreditación probatoria. (CSJ. AP 449 de 2022).*

Por otro lado, tampoco serán valorados el interrogatorio al indiciado ni el contenido de la denuncia presentada por la progenitora del afectado como pretende la defensa apelante, quien irroga cuestionamientos a la sentencia a partir del contenido de esos elementos, puesto que no fueron decretadas, ni aducidas al contradictorio, como pruebas.

Entonces, haciendo sustracción de los mentados medios de convicción, entra la Sala a valorar el contenido de los que fueron válidamente incorporados en juicio no sin antes precisar que fue objeto de estipulación la plena identidad del acusado (Jhonatan Patiño Saézn), la fecha de nacimiento de S.P.P (17 de enero de 2011) el tiempo en que el

acusado prestó servicio militar (del 14 de enero de 2016 al 14 de enero de 2017).

**6.4.2.2.** El punto central de la sentencia condenatoria fue el testimonio de que la víctima S.P.P<sup>6</sup> quien en juicio dijo conocer a **Jhonatan Patiño Sáenz** por ser su tío por línea paterna y del que afirmó abusó de él cuando tenía aproximadamente 7 años y estaba cursando 1º de primaria, tocándole las partes íntimas, es decir el pene y el pecho, lo cual ocurrió casi siempre en el cuarto del papá mientras estaba viendo televisión o acostado. Según dijo el impuber, el procesado lo agarraba de los brazos y comenzaba a tocarlo con las manos en sus partes íntimas, sin quitarle la ropa; en detalle, le alzaba la camiseta para palparle el pecho y le “arrastraba” o “jalaba” el pantalón para alcanzar su parte íntima, luego llamaba a su hermana de tres años para que lo escupiera, lo cual le producía “molestia” pues “sentía feo”. Ese comportamiento se reprodujo unas 5 o 7 veces.

Acerca de la frecuencia con que iba al lugar donde sucedían los hechos dijo que “cada domingos y sábados” y en relación con el momento en que acaecían los tocamientos señaló que, cuando su papá y el tío Leo se iban, éste último “salía muchas veces”.

Informó que en las ocasiones en que acontecían los abusos estaba su abuela, pero ella trabajaba y no se daba cuenta y para esos momentos su papá salía a fumar o “a otro lado”. Sobre cuánto tardaba su papá en regresar, manifestó que una hora, pero a veces solo iba a fumar “ahí al lado”.

Preguntado sobre las personas a las que contó lo sucedido, dijo que el primero fue su papá, pero no le creyó y le respondió que se defendiera, a la mamá le contó solo que su hermana lo escupía y a un hermano mayor, Brayan (otro hijo de su mamá Yolanda Pérez), sí le contó todo, además en el colegio Santa Cecilia en el que estudiaba se puso a llorar

---

<sup>6</sup> Audiencia del 18 de enero de 2021. A partir de récord 00:09:37

cuando hacían una reflexión sobre las relaciones sexuales y lo citaron para hablar.

Analizada esa declaración del menor S.P.P se aprecia es clara, coherente y contundente respecto de haber sido tocado por su tío **Jhonatan Patiño Sáenz**, en diversas oportunidades, cuando los fines de semana visitaba la casa en la que residía su papá, donde también habitaba Jhonatan, la abuela y el tío Leo.

En efecto, la Sala encuentra que el relato del agraviado fue circunstanciado y espontáneo, pues refirió el lugar donde ocurrían y la razón por la que estaba allí, señaló directamente al encartado como responsable y describió la forma en que aquel le tocó sus partes íntimas. Naturalmente el relato fue sencillo, pero que la narración no haya sido extensa no mina en forma alguna su credibilidad.

Por demás, su dicho está corroborado circunstancialmente por otras pruebas:

- Su progenitora Yolanda Pérez<sup>7</sup> refirió que días antes de la Semana Santa del 2017, S.P.P exhibió renuencia a ir a casa de su papá; por esa misma temporalidad, aproximadamente para abril de 2017, la profesora de S.P.P, Justina Traslaviña evidenció que después de un devocional sobre cuidados del cuerpo SPP estaba llorando, según lo expresó en juicio esa docente<sup>8</sup>; También interesa lo dicho por la psicóloga Irene Barón Chilito<sup>9</sup> de la fundación Creemos en Ti que valoró el menor a raíz de los hechos denunciados y pudo hallar temor a estar solo y síntomas de estrés post- trauma vinculados con un presunto abuso sexual, como dijo ésta.

---

<sup>7</sup> Audiencia del 18 de enero de 2021. A partir del récord 01:23:09

<sup>8</sup> Audiencia del 1º de enero de 2019.

<sup>9</sup> Audiencia del 21 de enero de 2021

- Por otra parte, Lida Yolanda Pérez (mamá de S.P.P), Jaime Patiño<sup>10</sup> (papá de S.P.P), Elvira Sáenz<sup>11</sup> (Abuela de S.P.P) y Liliana Galindo<sup>12</sup> (cocinera que trabajaba con Elvira en el inmueble donde ocurrieron los hechos), coincidieron en que el niño y su hermana (de 3 años de edad) visitaban a su papá durante el 2016 y parte del 2017 (hasta marzo) en el inmueble de la abuela paterna los fines de semana (sábados y domingo) cada 15 días, lugar donde residían Elvira y sus tres hijos: Jhonatan, Jaime (el progenitor de S.P.P) y Leonado.

- Por otros medios de convicción también se sabe que durante el tiempo en que S.P.P frecuentó la casa de su abuela (2016 a marzo de 2017) coincidió en diversas oportunidades con el acusado. Si bien está probado que **Patiño Sáenz** prestó el servicio militar entre el 14 de enero de 2016 y el 14 de enero de 2017, durante ese tiempo gozó de varios permisos (por lo menos tres) como confirmó lo relatado por Elvira Sáenz, su progenitora.

Adicionalmente, Jaime Patiño al ser cuestionado sobre qué otras personas estaban en la casa cuando sus hijos le visitaban contestó que su mamá y sus dos hermanos (Jhonatan y Leonardo). Indagado sobre si cuando Jhonatan llegaba a casa del ejército, estaban también sus hijos allí en la casa (es decir SPP y la niña de tres años), dijo estar seguro de que sí, por lo menos una vez. De otro lado, admitió que en alguna oportunidad Jhonatan pudo haber estado con los niños viendo televisión, aunque señaló que “fue un momentico”. A parte recordó que en una ocasión jugaron Jhonatan sus dos hijos y él a la lucha libre. Posteriormente ese mismo deponente reconoció que para febrero de 2017 también compartieron él y los niños con Jhonatan, data para la cual fueron a cine.

Con ese panorama resulta diáfano que durante el tiempo en que S.P.P visitó a su papá a la casa de su abuela durante el 2016 y parte del 2017

---

<sup>10</sup> Audiencia del 26 de marzo de 2021 a partir de récord (00:11:55) parte 1.

<sup>11</sup> Audiencia del 26 de marzo de 2021. Parte 6.

<sup>12</sup> Audiencia del 14 de mayo de 2021

(hasta marzo), en algunas ocasiones coincidió con el tío Jhonatan, durante la prestación del servicio militar y también después. No se desconoce que, según Jaime Patiño, Elvira Saénz y Liliana Galindo los niños no se le despegaban al primero - su progenitor - ni un solo instante cuando lo visitaban y en ningún momento se quedaron a solas con Jhonatan, pero eso no es de recibo porque estando en un ambiente familiar con personas cercanas y sin que Jaime Patiño esgrimiera alguna razón particular para desconfiar de los parientes con los que convivía, no es creíble que no se ausentara ni a fumar un cigarrillo o a hacer alguna actividad de corta duración - como dijo SPP que ocurría - y no dejara a sus hijos solo con su hermano el acusado, así fuera por escaso tiempo.

De todo lo anterior se aprecia que la información suministrada por el menor acerca de las circunstancias que rodearon los hechos y de la secuencia de los acontecimientos, resulta compatible con lo dicho por otros testigos, lo que indica que su relato tiene un asiento real y no es una fantasía o elaboración caprichosa del menor de edad.

**6.4.2.3** Por supuesto los apelantes enfatizan en circunstancias que en su criterio desestiman los dichos del menor, pero la Sala al analizarlas no les halla razón:

1. Las imprecisiones de la progenitora de la víctima acerca de si en realidad viajó Jaime Patiño a Manizales en enero de 2017 y dejó un fin de semana solos a SPP y su hermano en la casa de la abuela al cuidado de ésta son intrascendentes para el proceso, porque esa declarante en ningún momento aseguró que tuviera noticia de que en esa oportunidad se presentó agresión sexual alguna por parte de Jhonatan contra su hijo, es más, fue clara en que no podía precisar si Jhonatan estaba o no en la casa para la fecha de ese supuesto viaje.

Importa sumar a eso que la víctima en ningún momento señaló que los episodios de abuso se hubiesen presentado mientras su papá estaba de

viaje fuera de la ciudad, dijo que se producían cuando el papá y el tío Leo se iban y mientras la abuela trabajaba y no se daba cuenta.

Preguntado sobre el tiempo que tardaba su papá en regresar al inmueble en esas ocasiones en que se iba indicó que una hora e incluso dio a entender que cuando salía a fumar tardaba menos, pues era “ahí al lado”. Es así como lo atinente al viaje a Manizales no resulta importante.

2.La progenitora de la víctima fue clara en que el menor de edad nunca le dijo una fecha específica de ocurrencia de los hechos y aunque a pregunta formulada por la defensa de la siguiente manera: *¿usted recuerda si el menor le comentó **que todas esas agresiones** sucedieron en el 2017?*<sup>13</sup> Aquella respondió: *Si, sí señor yo le pregunté **que cuantas veces** y él me decía que muchas...* para la Sala es claro que la testigo estaba respondiendo sobre la cantidad de agresiones y no sobre la fecha de ellas, por lo que no puede aducirse una contracción y menos que eso desestime de alguna manera, lo dicho por SPP en juicio.

Y en cuanto a que el menor de edad le pidió a la progenitora la mano para contar las veces que habían ocurrido los sucesos, como ella refirió que sucedió al preguntarle sobre el número de veces en que Jhonatan lo había tocado, eso no se excluye con el dicho de la víctima en juicio acerca de que fueron 5 o 7 veces, puesto que la declarante no dijo que al pedirle la mano para contar su hijo fijara el número de veces en alguna cifra específica, simplemente le dijo que habían sido muchas y le tomó la mano pero no determinó cifra alguna en presencia de la progenitora o por lo menos ella no da cuenta de eso.

3. La madre de la víctima no tenía por qué fijar con exactitud la fecha de los hechos como reclama la defensa porque sencillamente ella no los presenció, al respecto apenas contaba con lo dicho por la víctima SPP que tampoco aludió a fechas. Esa inexactitud es comprensible dada su edad y el contexto de cotidianidad en el que sucedió todo,

---

<sup>13</sup> Récord 02:20:27 y ss. Audiencia del 18 de enero de 2021

circunstancias en la que no le era fácil señalar con acierto una calenda precisa, lo que en forma alguna implica que su versión sea mentirosa (CSJ.AP 1041 de 2021), menos cuando a partir de su relato se puede establecer el margen temporal en que trascurrió lo contado: la época en que visitaba a su papá los fines de semana en el inmueble donde residía con la abuela, es decir para el año 2016 y hasta marzo de 2017.

4. No es cierto como dice la defensa que el menor de edad haya afirmado en juicio que en alguno de los eventos abusivos que sufrió por parte de su tío este portara el uniforme de militar. Lo que indicó el declarante fue que solo lo vio en una ocasión con uniforme de militar, momento que asoció con una visita que le hicieron al batallón donde prestaba su servicio militar y señaló que creía esa era la última vez que lo había visto, sin asegurar que en esa ocasión hubiese sucedido algún ataque contra su integridad sexual por parte del acusado.

Ahora, si el acusado en realidad no portaba el uniforme al momento de la visita de SPP en el batallón, la imprecisión del menor de edad al respecto es irrelevante porque bien pudo ocurrir, como lo apunta el propio defensor, que el niño al ver a otros uniformados en ese lugar asociara en su memoria que para ese momento y en ese sitio su tío estaba vestido de militar, luego una equivocación en ese detalle no implica el ánimo de mentir.

Sobre ese mismo tema de la visita, tenemos que, de acuerdo con el progenitor y la abuela del menor de edad, ese suceso tuvo lugar en febrero de 2016, recién comenzó el acusado a prestar su servicio militar, de ahí que para los apelantes al haber dicho el niño que esa fue la última vez que vio a Jhonatan significa que las conductas atribuidas por la fiscalía no pudieron ocurrir entre el 2016 y parte del 2017.

Sin embargo, como vimos más atrás los propios testigos de descargo dan cuenta de que no fue a inicios de 2016 en el batallón la última vez que compartieron SPP y Jhonathan, pues en la casa de la abuela, durante

el servicio militar e incluso posterior a su finalización en el año 2017, hubo encuentros.

Lo anterior no implica que S.P.P haya mentido, pues manifestó que creía esa era la última vez que vio a Jhonatan, es decir que dejó claro que no estaba seguro. Y es que, por la edad que tenía para el momento de los acontecimientos, es normal que sus recuerdos de esas épocas no estén asociados a fechas exactas y por eso cuando se le exige ubicarse en el tiempo es esperable que acuda a eventos que se salgan de la cotidianidad para dar algún referente. Bajo ese entendimiento al interrogársele acerca de cuándo vio a su tío por última vez es comprensible que haya tomado la visita en el batallón para contestar la pregunta.

5. Si bien la víctima refirió que los tocamientos ocurrían casi siempre en el cuarto de su papá y no se le pidió precisar en qué otro lugar aconteció, de su relato emerge claro que todos sucedieron bajo la misma modalidad en la casa de la abuela cuando iba a visitar al papá, mientras aquella laboraba y su papá y su tío Leo se ausentaban, de manera que no es relevante que no se haya indagado específicamente el cuarto en el que sucedieron otros ataques.

6. Dice la agente del Ministerio Público que:

*“...el niño indicó que su papá los recogía los fines de semana; sin embargo, cuando se le preguntó si los hechos ocurrieron en fin de semana, el niño indicó que no porque a veces él estaba con el papá y otras veces se iban a un lugar, lo que evidencia la ambigüedad en su respuesta. Ello porque si únicamente se veían con su progenitor los fines de semana, ¿qué otra día pudo ocurrir tal suceso?”*

Frente a ello la Sala advierte que es desacertada esa apreciación porque desconoce la forma en que se le planteó la pregunta al niño. Al menor declarante se le preguntó si esas situaciones con el tío Jhonathan **siempre** sucedieron los fines de semana<sup>14</sup>, ante lo cual contestó “no casi

---

<sup>14</sup> Récord 00:51:00 y ss. Audiencia del 18 de enero de 2021

*siempre, porque también yo estaba con mi papá y no pasaba ...”* con esa respuesta es patente que entendió ser cuestionado sobre si los sucesos ocurrían siempre, lo cual descartó, no en relación con los días de la semana en que sucedían.

Cuestionó también la procuradora que *“cuando se le preguntó si el procesado lo tomaba de forma violenta, no pudo explicar dicha situación afirmando “era de forma violeta, pero no tanto”*. Empero no ve la Sala nada cuestionable en esa respuesta, porque la pregunta que la ocasionó estuvo mal formulada en tanto no le dio al niño sino dos opciones posibles de las cuales eligió una y la atemperó: se le preguntó si el tío lo “agarraba” como juego o de forma violenta.

Para el menor claramente lo que vivió por su tío no era un juego, pues ya había dicho que lo hacía sentir mal y le molestaba, de manera que descartada esa opción se vio obligado a recurrir a la otra que se le dio, y sencillamente al encontrar que el concepto tampoco era del todo ajustado a lo que describió, dijo que el acto era violento pero no tan violento para significar que el calificante que le merecía la conducta no estaba dentro de las categorías en las que la pregunta le obligó a moverse.

7. La Sala no advierte que a partir de la mala relación que había entre los progenitores de la víctima pueda colegirse que Lida Yolanda Pérez indujo a su hijo SPP a hacer acusaciones infundadas contra su tío Jhonatan únicamente para dañar al hermano de éste: Jaime Patiño.

Ciertamente de las declaraciones de Lida Yolanda Pérez y Jaime Patiño evidencian que no se llevaban bien a raíz del fracaso de su relación de pareja, además tenían disputas por un inmueble.

Empero, las mismas estaban trabadas desde que se separaron en diciembre de 2015, por lo que no es explicable que Yolanda Pérez haya esperado hasta el 2017 para vengarse de su ex - esposo de manera repentina y mediante la inducción en su hijo de dolorosos falsos

recuerdos que ni siquiera involucraban directamente a su papá sino al hermano de éste, con quien la prenombrada nunca tuvo altercado alguno, casi ni trato, como lo reconoció ella misma y también Elvira SaéNZ.

Aunque Jaime Patiño dijo que hubo un detonante en 2017 para la denuncia, pues tres días después de que salieron de un intento de conciliación sobre el inmueble en disputa, diligencia en la que Yolanda le dijo que lo quería ver en la cárcel, su hermano fue citado a interrogatorio por este proceso, eso es inverosímil, pues la experiencia enseña que la Fiscalía no impulsa tan rápido las investigaciones, por lo que, si ese día Yolanda radicó la denuncia motivada por lo sucedido en la conciliación no es creíble que tan solo tres días después se librara citación para interrogar a Jhonatan. Además, según el propio Jaime Patiño, Yolanda le dijo que lo quería ver en la cárcel a él, no al hermano.

No debe dejarse de lado que si lo pretendido con la denuncia por parte de Lida Yolanda Pérez era impedir que los niños vieran al papá como lo proponen los apelantes, a ese propósito no servía incriminar en delitos sexuales a su hermano, eso ningún derecho le quita al progenitor quien además contaba con una regulación judicial de las visitas a sus hijos, por demanda que él mismo instauró recién se separó de Yolanda, según narró Jaime en el juicio, de modo que al margen de la denuncia en cualquier momento podía exigir judicialmente su derecho a compartir con sus hijos, es más, Jaime Patiño reconoció que actualmente no tiene una restricción legal para visitar a sus hijos aunque no sabe nada de ellos desde marzo de 2017.

Puede ser que Yolanda haya aprovechado la situación para propiciar el distanciamiento de los menores de edad de su padre, pero nada indica que haya inventado los hechos de este proceso, más aún cuando el relato del menor resulta espontáneo, fluido, y lleno de percepciones, sensaciones y detalles que difícilmente pudieron ser transmitidos por un tercero y conservados a plenitud por el menor, con una secuencia corroborada por otras pruebas, como se precisó antes.

De otro lado, la agente del Ministerio Público postula que es explicable que la denuncia haya sido contra Jhonatan y no contra Jaime Patiño porque de procesar al último quedaría imposibilitado para pagar la cuota alimentaria con la cual viene cumpliendo según la propia Yolanda. Frente a ello, el Tribunal responde que las pruebas acopiadas indican que la mala relación de Yolanda con su expareja no se extendía a la familia de éste, con quienes simplemente ningún contacto tenía, luego es especulativo proponer que para no afectar la cuota alimentaria que proveía Jaime, estaba dispuesta a dañarle de forma indirecta llevándose por delante irreflexivamente y a todo costo a uno de sus hermanos.

8. La prueba de descargo tampoco logra desvirtuar el relato del menor de edad, más bien terminan corroborando que sí coincidieron SPP y el tío Jhonatan, entre 2016 y 2017 (marzo), en varias ocasiones, en el inmueble de la abuela cuando el niño y su hermanita iban a visitar al papá algunos fines de semana, como se dejó claro con antelación. Naturalmente, Jaime Patiño, Elvira Sáenz y Liliana Galindo intentaron todos hacer ver que nunca pudo Jhonatan Patiño quedarse a solas con SPP en el inmueble de la abuela; sin embargo, tal propósito fracasó, pues ya fueron descartaron esos asertos párrafos atrás, por lo que en ese aspecto no son creíbles tales deponentes.

Por su parte Edgar Cáceres nada relevante aportó más allá de exponer la mala relación existente entre Jaime Patiño y Yolanda Pérez, los padres de SPP, algo que los directos involucrados de todas formas reconocieron.

En cuanto a la declaración del perito Luis Eduardo Ariza nada hay por decir en tanto su experticia versó sobre la entrevista forense recibida al menor de edad que ya se dijo no puede valorarse, luego no tiene sentido ocuparse de las críticas realizadas por el experto a un medio de conocimiento que está excluido del examen probatorio.

**6.4.2.4.** Contestados los reproches sobre la verosimilitud del relato de la víctima, se concluye que ninguno de los argumentos expuestos por los recurrentes tienen vocación de prospera, en tanto lo dicho por el menor de edad obedeció a la rememoración y no a una construcción propia, fantasiosa o inducida de los acontecimientos, pues en ese caso habrían quedado expuestos los vacíos que normalmente deja la narración de mentiras y el intento por hilvanarlas para darles una apariencia consecuente, o la repetición de versiones ensayadas.

En ese orden, el testimonio creíble de la víctima respaldado por otros medios de convicción es sustrato suficiente para tener por probada más allá de toda duda razonable la teoría acusatoria, esto es, la existencia de tocamientos de **Jhonatan Patiño Saé**nz en los genitales de su sobrino SPP en diversas oportunidades cuando el niño iba a visitar a su padre a la casa de la abuela, lo cual configura el delito contenido en el artículo 209 del CP -actos sexuales con menor de catorce años en la primera de las modalidades descritas en la norma por estar implicados toques abusivos en la parte íntima de un niño indicativos de lujuria - y la circunstancia de agravación del artículo 211 numeral 5º *ejusdem* (parentesco) en concurso homogéneo y sucesivo.

Por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto el **Tribunal Superior de Bogotá, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

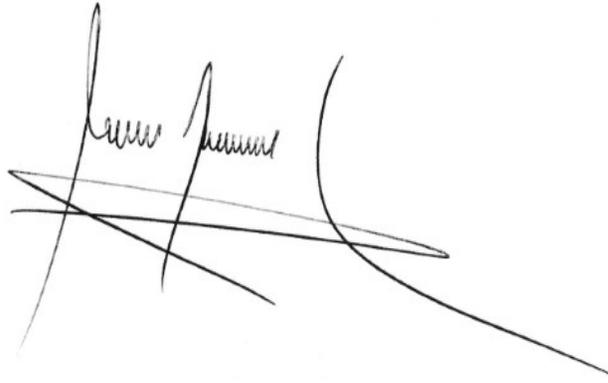
**RESUELVE:**

**PRIMERO: NEGAR** la nulidad planteada por la defensa.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo que fue motivo de apelación la decisión confutada.

**TERCERO: ANUNCIAR** que contra esta providencia procede el recurso extraordinario de casación.

Las partes e intervinientes quedan notificadas en estrados.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ramiro Riaño Riaño', with a large, sweeping flourish extending to the right.

**RAMIRO RIAÑO RIAÑO**  
Magistrado

*APROBADO*  
**JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN**  
Magistrado

*AUSENCIA JUSTIFICADA*  
**CARLOS HÉCTOR TAMAYO MEDINA**  
Magistrado