

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA PENAL

Magistrado Ponente:	RAMIRO RIAÑO RIAÑO
Radicación:	110016000017201800690 01
Procesado:	José Alfonso Cruz
Delito:	Actos sexuales con menor de 14 años
Procedencia:	Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento
Motivo de apelación:	Sentencia condenatoria
Decisión:	Confirmar con modificación

**Aprobado mediante acta N° 111/2021**

Bogotá D. C., cuatro (04) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

**1. MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 21 de mayo de 2020, mediante la cual el Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá condenó a **José Alfonso Cruz** por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

**2. SITUACIÓN FÁCTICA**

Desde que la niña D.V.S.S contaba con aproximadamente cinco años de edad (año 2011) hasta los once (2016), el tío político, José Alfonso Cruz, esposo de su tía Gilma, quien vivía en el tercer piso del mismo inmueble donde residía la menor de edad con sus padres en Bogotá, le tocó en varias oportunidades la vagina y los senos por debajo de la ropa cuando ella subía al apartamento de aquel a jugar con la prima Paola o a hacerle favores a la tía.

Esos sucesos los narró la afectada en diciembre de 2017, cuando tenía 11 años de edad (nació el 21 de abril de 2006) a la psicóloga del

colegio donde estudiaba para entonces, quien a su vez se los transmitió a la progenitora de la agraviada, que presentó la correspondiente denuncia penal.

### 3. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

3.1 El 4 de octubre de 2018<sup>1</sup>, ante el Juzgado 7º Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá la Fiscalía General de la Nación formuló imputación de cargos contra **José Alfonso Cruz** por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo en calidad de autor, conforme los artículos 209, 211 numeral 2º y 31 del CP.

A solicitud de la Fiscalía, le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario al imputado.

3.2 El 3 de diciembre de 2018 radicó escrito de acusación que correspondió por reparto al Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, autoridad ante la cual le formularon cargos el 14 de junio de 2019<sup>2</sup>, conforme la calificación jurídica antes descrita.

3.3 El 28 de junio de 2019<sup>3</sup> 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 25 de octubre de 2019<sup>4</sup>, 3 de febrero<sup>5</sup> y 13 de marzo 2020<sup>6</sup>, en ésta última anunció sentido de fallo condenatorio y corrió el traslado del artículo 447 del cual hicieron uso las partes.

3.5 El 11 de mayo de 2020 profirió la respectiva sentencia

---

<sup>1</sup> Folios 14 y 15 del expediente virtual.

<sup>2</sup> Folio 26 ibídem

<sup>3</sup> Folio 29 ibídem

<sup>4</sup> Folio 42 ibídem

<sup>5</sup> Folio 46 ibídem

<sup>6</sup> Folio 51 ibídem.

condenatoria de la cual fue notificado el procesado privado de la libertad el 14 de mayo de ese año; contra esa decisión aquel interpuso y sustentó el recurso de apelación el 19 de mayo de 2020.

#### 4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

4.1 En la sentencia de la referida fecha, el Juzgado 1º Penal del Circuito de Conocimiento de la ciudad condenó a **José Alfonso Cruz** como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

4.2 Al emprender el estudio correspondiente, puntualizó en primer lugar que la identificación del acusado y la minoría de edad de la víctima fueron estipulados por las partes. Luego, resumió lo dicho por cada uno de los testigos escuchados en juicio para valorarlos de la siguiente manera:

Primero, enfatizó que sin ninguna animadversión contra el acusado, la víctima D.V.S.S relató la manera como aquel le efectuó tocamientos en la vagina y los senos cuando iba a compartir a su vivienda con su prima Paola o a cuidar de la tía Gilma.

Dijo el *a quo* que la narración de D.V.S.S fue coherente, espontánea y clara sobre las circunstancias de modo tiempo y lugar de la comisión de la conducta. Y aunque algunos detalles no son claros, como el momento preciso en que empezaron los toques indebidos, eso no es razón para restarle mérito suasorio, en tanto los hechos habrían comenzado a ocurrir 8 años antes de que rindiera la menor la declaración en juicio y en todo caso, porque sí fue consistente al referir el *modus operandi* en que se cometieron los abusos en su contra.

Señaló acorde con las reglas de “la lógica” la explicación ofrecida por la agraviada acerca de por qué no contó lo sucedido tan pronto

aconteció, concluyó que es normal que por el temor y la relación familiar se hubiese abstenido de hacerlo.

Afirmó concordante el dicho de la menor de edad con los relatos que ella otorgó a su progenitora y a la doctora Martha Oliva Martínez Goyes, de Medicina Legal, lo cual le permitió afirmar que no incurrió en contradicciones extrínsecas.

Resaltó que el déficit intelectual que evidenció la psicóloga Janeth Maritza Sanabria Bravo en la víctima no conspira contra la veracidad de lo afirmado por ésta última, puesto que esa condición se explica en la situación anormal en la que estaba envuelta a raíz de los abusos que sufría por aquella época. En consecuencia, descartó que la afectada ideara el episodio por celos de su prima Paola, porque todos los testigos coincidieron en que la relación de ambas era buena y existía desde mucho antes de la fecha de los hechos.

Tampoco dio importancia a que la víctima no recordara los lugares exactos de la vivienda donde se perpetró la conducta, ni las fechas o a que no existiera algún rastro o huella en aquella que evidenciara la ejecución de la conducta abusiva que ocupa a este proceso.

De otro lado, restó credibilidad a los testigos de descargo Karen Tatiana Cruz y Clara Yolanda Salamanca Monroy por ser contradictorios. La primera dijo que el acusado trabajaba desde las siete de la mañana y la segunda desde las 5 am. Además, la última aseveró que conducía una flota cuando en realidad era un taxi. Adicionalmente, aunque ambas dijeron que el procesado llegaba todos los días a las nueve de la noche, eso no es creíble para el juez porque su turno terminaba a las 5 de la tarde, tampoco lo es que se quedara todos los días jugando en una tienda como afirmó Karen Tatiana Cruz.

Así, el fallador encontró probado que: **(i)** D.V.S.S para la época de los hechos tenía entre 6 y 11 años y sufrió durante ese lapso tocamientos

en sus senos y vagina por parte del acusado, su tío político, cuando se quedaban solos; **(ii)** la relación de la víctima y Paola la hija del procesado era buena; **(iii)** la menor de edad no comentó lo que sucedía por temor; **(iv)** el relato de la afectada está libre de ánimo vindicativo.

**4.3** Entonces, para el juez la conducta adoptada por el procesado contra la menor de edad D.V.S.S. se subsume en el tipo penal del artículo 209 del CP, con el agravante del numeral 2º artículo 211 de esa misma codificación debido a que José Alfonso Cruz tenía un vínculo familiar con la afectada que la hizo depositar su confianza en él y prevalido de esa confianza ejecutó la conducta.

Acerca del dolo, afirmó que el procesado aprovechó los momentos en que se quedaba solo con D.V.S.S. y dirigió su voluntad a tocarla en repetidas ocasiones de forma lasciva, hechos ejecutados con nocimiento y voluntad.

De esa manera se afectó el bien jurídico libertad, integridad y formación sexual de D.V.S.S. por lo que el comportamiento del acusado es antijurídico, pero también culpable porque estaba en capacidad de comprender la ilicitud de su conducta y de autodeterminarse respecto de tal comprensión y sin embargo no lo hizo.

**4.4** Para establecer la pena de prisión fijó los límites legales del delito de acto sexual abusivo con menor de catorce años agravado en 144 y 234 meses de prisión.

Tras efectuar la correspondiente división del ámbito punitivo de movilidad en cuartos, seleccionó el primero de ellos porque no concurren respecto del procesado circunstancias de mayor punibilidad. Dentro del rango elegido fijó la pena a imponer en el límite inferior (144 meses), luego de aludir a los criterios del artículo 61 inciso 3º del CP, la cual aumentó en 12 meses por el concurso homogéneo y sucesivo de conductas, para un total a imponer de 156

meses de prisión. Por el mismo termino la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4.5 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 oficiar al INPEC para informar que en adelante se estará ejecutando la prisión no por cuenta de la medida de aseguramiento, sino de una condena impuesta.

4.6 Finalmente, informó a la víctima que ejecutoriada la sentencia condenatoria tiene con 30 días para iniciar el incidente de reparación integral, si a bien lo tiene.

## 5. DE LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión atrás reseñada el procesado a apeló, para solicitar su revocatoria y la consecuente absolución.

Destacó, después de transcribir varios a partes de la sentencia recurrida, que el juzgado de primera instancia basó la condena únicamente en lo que dijo la víctima, es decir, que dio credibilidad a afirmaciones fantasiosas. Criticó que solo porque un menor de edad afirme que lo tocaron aquí o allá deba creérsele, pues no hay una regla según la cual siempre que una persona testifique de forma clara, coherente, espontánea y precisa sobre unos hechos dice la verdad.

Calificó las afirmaciones de la víctima de indicios de probabilidad que han debido ser corroborados en el juicio oral y se refirió al abundante número de falsas denuncias hechas por la población adolescente en Colombia para significar que este es uno de esos casos.

Afirmó que los señalamientos de la víctima son “altamente” fantasiosos, acomodados e increíbles seguramente implantados en su memoria por un adulto, producto de una sugestión visual o fruto de

los celos.

Recordó lo dicho por su defensor en los alegatos conclusivos para denotar contradicciones en los testimonios de cargo, particularmente, que la progenitora de la víctima como la propia afectada informaron que ésta nunca se quedaba sola, siempre estaba acompañada por su tía o por la prima Paola. Así mismo, restó valor a lo dicho por la señora Salamanca (madre de la agraviada) acerca de que se enteró de los hechos por aviso de la psicóloga del colegio de la niña D.V.S.S, porque ésta obtuvo a su vez ese conocimiento de un profesor de inglés, luego allí no hay prueba directa sino una cadena de información.

Resaltó, así mismo, que la menor de edad tuvo problemas para recordar la supuesta realización de conductas indebidas por parte de él y en cambio dio cuenta de lo buena que era la relación existente entre ambos.

Señaló incomprensible que la progenitora de la menor nunca notara un comportamiento inusual en ésta si el abuso se produjo desde los cinco hasta los once años de edad, sin que pueda usarse para excusar algo así el hecho de que la perito adscrita a Medicina Legal haya informado que un tocamiento no deja huella o daño algún en la afectada. En su criterio, no puede descartarse que el relato de la víctima obedezca a un estado de "*celotipia*".

Adujo que hay muchas dudas en este caso porque no se verificó un daño síquico en la víctima, no hubo claridad acerca del lugar donde ocurrieron los hechos ni se constató que realmente se quedó a solas con D.V.S.S por lo que debe aplicarse el principio *in dubio pro reo*.

Frente al déficit académico de la menor de edad, precisó que según la psicóloga Janet Sanabria ello fue consecuencia de su atención desenfocada y de su bajo rendimiento no por haber padecido un abuso sexual.

De otra parte, desde su perspectiva, el dictamen pericial rendido por la experta de Medicina Legal María Oliva Martínez Goyes no puede ser fundamento de la sentencia condenatoria al ser una prueba de referencia, pues la perito no es testigo, de manera que la anamnesis no tiene la calidad de entrevista.

También calificó como pruebas de referencia los testimonios de Flor Liliana Salamanca (la madre de la víctima) y de la sicóloga Janeth Maritza Sanabria porque nada les consta directamente.

Indicó que la conclusión de la sentencia de primer grado es consecuencia de la aplicación incorrecta de las reglas de la sana crítica, puesto que el juez simplemente argumentó que los hombres actúan como animales salvajes y sin raciocinio alguno.

Finalmente, tras disertar sobre el principio de *in dubio pro reo* reclamó su aplicación en este caso para demandar la absolución por los cargos formulados en su contra.

## **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 si de acuerdo con las pruebas debatidas en juicio, se encuentra demostrado, 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 **José Alfonso Cruz** la comisión, a título de autor, de la conducta punible descrita en los artículos 209 y 211 numeral 2º del CP en concurso homogéneo sucesivo, que corresponde a la denominación jurídica de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

Acerca del agravante mencionado la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

*La agravante por la situación personal del agente con respecto a la víctima alude al carácter, posición o cargo de aquel. El carácter es aquella condición derivada de las relaciones naturales entre las personas, como las de padres e hijos; o que son creadas por razón de una dignidad, como la que se da a veces entre el juez y quien va a ser o fue juzgado, entre el militar y sus subordinados; o que nacen del estado acogido por algunos, verbigracia, las que se establecen entre el sacerdote y su grey, entre el prior y los miembros de su comunidad.*

*La posición y el cargo hacen referencia a la categoría social, económica, política y administrativa en que se encuentra colocado el agente respecto de la víctima, por ejemplo: el propietario o director de una empresa respecto de sus trabajadores, el jefe de un establecimiento carcelario respecto de los detenidos, el profesor y maestro respecto de sus alumnos.*

(...)

*Es obvio que el agente revela una mayor temibilidad cuando no se detiene ante los deberes que le impone la lealtad que debe a la confianza que le ha depositado la víctima y las especiales obligaciones de cuidado y defensa de la misma. (CSJ. AP del 17 de noviembre de 2010. Rad. 35029).*

### 6.3.2 La prueba de referencia

El proceso penal es, en esencia, el escenario reglado en el cual un juez puede determinar si en un caso concreto se cometió una conducta punible, si ella es atribuible al procesado y, de ser ello así, cuál debe ser su consecuencia jurídica. Para tal fin, el juzgador debe valerse de las pruebas legalmente incorporadas a la actuación, cuyo propósito es, precisamente, llevar a su conocimiento los hechos y circunstancias

materia de juzgamiento y los de la responsabilidad penal del acusado (art. 372 del C.P.P.).

Ahora, para proferir sentencia condenatoria, es necesario que, por intermedio de esas pruebas debidamente practicadas e integradas al proceso, el funcionario judicial haya logrado un conocimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado (art. 381 *idem*).

En tal ejercicio epistemológico, además, por regla general, el juez solo puede tener en cuenta las pruebas practicadas en su presencia (art. 379 *idem*). Así, 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 El conocimiento necesario para condenar**

Conforme los artículos 372 y 381 de la Ley 906 de 2004 para condenar se requiere un conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca de la comisión del delito y de la responsabilidad del acusado, fundado en las pruebas legal y oportunamente allegadas al juicio. En ese sentido, la decisión tomada debe encontrar fundamento en una adecuada valoración de los medios de conocimiento.

Entre tanto, debe tenerse en cuenta que el artículo 7 inciso 2º ídem dispone que la duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

### **6.4 el caso concreto**

**6.4.1.** En los términos en que fue planteado el recurso de apelación se advierte que el procesado persigue su absolución porque: las pruebas de la Fiscalía no son creíbles, particularmente el testimonio de la víctima no ofrece el poder persuasorio otorgado por el juez de primer grado. Por tanto, pasa la Sala a hacer la valoración correspondiente.

**6.4.2** Sea lo primero aclarar que la minoría de edad de la víctima para el momento de los sucesos que nos ocupan y la identificación del procesado fueron hechos estipulados por las partes y por tanto, se tendrán por probados.

Ahora bien, antes de realizar la valoración probatoria, de entrada, se advierte que, tiene razón el recurrente en que el dicho de la progenitora de la víctima sobre lo que ésta le relató, así como la anamnesis leída por la perito de Medicina Legal en juicio, contentiva del relato que la menor de edad le hizo para el momento de la

valoración médica, son prueba de referencia, al tratarse de versiones de la víctima rendidas por fuera del juicio oral acerca de los hechos jurídicamente relevantes.

Esas pruebas no pueden entenderse válidamente integradas al proceso y por tanto no serán valoradas en atención a que la ofendida estuvo disponible en el juicio y rindió su declaración satisfactoriamente sin que la Fiscalía adujera una disponibilidad relativa que le hubiera impedido atestar a plenitud, a pesar de su presencia física.

Igual suerte corre el dicho de la progenitora de la víctima en relación con lo que le contó la psicóloga del Liceo Bonanza a quien la víctima le informó primero sobre los tocamientos, pues da cuenta de una declaración rendida por fuera de juicio, de una persona que no atestó en él (la psicóloga que declaró fue la del nuevo colegio - La Presentación - a quien nada le consta del abuso), sin cumplir con los criterios del artículo 438 del CPP para ser valorado.

Sin embargo, la conclusión en torno a esas pruebas de referencia en nada afecta la sentencia de primer grado, pues como el propio apelante lo reconoció, la decisión de condena se erigió sobre la credibilidad de lo atestado por la directa afectada y no sobre esos medios adicionales.

6.4.3 En cuanto al contenido de los medios de prueba válidamente aducidos en juicio, tenemos que a fin de acreditar la materialidad de la conducta por la que se procede y la responsabilidad penal de **José Alfonso Cruz**, la Fiscalía presentó como prueba de cargo a la menor de edad afectada D.V.S.S.

**6.4.3.1.** La víctima, primero, manifestó que nació el 21 de abril de 2006 y que estudiaba en el colegio La Presentación de Las Ferias desde 2019, pues antes estaba en el Liceo Bonanza. Seguidamente dijo conocer a **José Alfonso Cruz** por ser el esposo de su tía Gilma Salamanca (hermana de su mamá). Señaló que su progenitora

denunció al prenombrado porque aquel le tocaba las partes íntimas (la vagina y los senos), lo cual sucedió en varias ocasiones en el apartamento del acusado ubicado en el tercer piso en el mismo de edificio, en el cual residía ella con sus padres un nivel más abajo.

Sobre la forma en que ocurrían los tocamientos dijo que iba al tercer piso a jugar con su prima Paola (menor que ella), pero cuando se quedaba a solas con el acusado él "*aprovechaba*" para tocarle sus partes íntimas, hechos consistentes en que le palpaba los senos y la vagina por debajo de la ropa. Dijo la menor de edad que la primera vez que ocurrió eso fue, tal vez, cuando tenía cinco años y respecto de la última enfatizó en que tenía para entonces once años de edad, de aquella primera ocasión aseguró no acordarse, pero afirmó que su tío siempre hacía lo mismo y que los toques se habían presentado en diversas oportunidades.

Señaló que cuando era manoseada por su tío, Paola estaba con la mamá de aquella, es decir Gilma, y que se quedaba sola con el procesado cuando iba a ver qué hacía o a preguntarle algo. Acerca del lugar preciso en que sucedieron los hechos denunciados, informó D.V.S.S que en la cocina del apartamento cuando estaba allí sola con el procesado, parado un enfrente del otro, mientras Paola y Gilma se encontraban en el cuarto. Aclaró que después de salir del colegio a las dos de la tarde acudía a una asesoría académica hasta las cuatro, luego llegaba a su casa a las cinco de la tarde, dejaba la maleta y "subía" a la residencia del procesado, incluso a veces en la noche, pero que no siempre le gustaba ir en la noche, prefería hacerlo los fines de semana.

Refirió que contó a una psicóloga del colegio Liceo Bonanza lo ocurrido porque la familia no le creería y tenía miedo de que le pasara algo. Agregó que su tío, tras tocarla, le decía que no le contara a nadie lo sucedido.

Acerca de la relación con el procesado, manifestó que antes se la llevaba bien y ahora no siente nada por él; con su tía Gilma ya casi ni se habla, pues la calificó de mentirosa y su otra tía Clara Yolanda Salamanca cree que está loca. Preciso que antes de contar lo sucedido la relación de toda la familia era buena, también la de su progenitora con Gilma y no había problema alguno entre éstas dos suscitado por Paola, la prima.

Finalmente, relató que estuvo en tratamiento psicológico y que ya perdonó al procesado, aunque antes sentía odio y rencor contra él. Que vivienda donde acontecieron los tocamientos residían Gilma, el procesado y los dos hijos de él (Paola y Karen), pero cuando ella subía a jugar allí, no estaba Karen. El procesado para la época de los hechos dijo la menor de edad, era taxista, pero no recordó su horario laboral.

**6.4.3.2.** Flor Liliana Salamanca Monroy, progenitora de la víctima, informó que el acusado es esposo de su hermana Gilma Salamanca desde hace aproximadamente 25 años, al cual denunció en el 2018, más o menos en enero, tras ser enterada por parte de una psicóloga del colegio donde estudiaba D.V.S.S. de tocamientos sexuales que aquel le realizó a ésta.

Al referirse a la distribución del inmueble donde habitaba con la menor para el momento de los hechos, dijo que es una casa con 3 pisos, en el primero habitaba su progenitora, en el segundo ella y otra hermana (Clara Yolanda Salamanca), en el tercer piso el procesado.

Explicó que su hija iba al tercer piso, tras salir de una asesoría para las tareas del colegio, a jugar con una niña de nombre Paola, de 9 años de edad para esa época, quien fue adoptada por su hermana Gilma. Y que en ese lugar generalmente permanecían Gilma, una sobrina de nombre Karen y el procesado. Agregó para entonces notó cambios comportamentales en su hija como que no le gustaba estar sola y permanecía con miedo, lo que propició que la sometiera a un tratamiento psicológico de una duración de 8 meses en el ICBF.

Precisó que ella trabajaba por turnos, que a veces iban hasta las 8 de la noche y que por eso la niña subía al apartamento del procesado.

De otro lado, afirmó que la adopción de Paola, la cual ocurrió desde que ésta era bebé, no generó inconveniente alguno. Así mismo, que para el momento de los hechos Karen su sobrina trabajaba en un call center.

Acerca del oficio del procesado, aseguró que era taxista y que su turno era de cinco de la mañana a cinco de la tarde, hora para la cual D.V.S.S ya estaba en el apartamento de él. En cuanto a si aquel pudo haberse quedado a solas en algún momento con D.V.S.S. anotó no poder asegurar algo así, pues ella estaba trabajando.

**6.4.3.3** La psicóloga del colegio La Presentación de Las Ferias relató que conoció a la menor D.V.S.S por la entrevista que le realizó para ingresar al colegio y que debido a reportes de un profesor consistentes en que aquella estaba desenfocada y con problemas de comprensión, le hizo seguimiento pedagógico, especialmente tras determinarse por valoración psicológica externa que padecía un déficit cognitivo leve.

Sin embargo, nunca se enteró del abuso sexual sino hasta que la Fiscalía la contactó, después de lo cual indagó con la progenitora de la menor de edad, quien le informó que la niña había sido abusada, según la afectada informó a una psicóloga del colegio en el que estaba anteriormente.

**6.4.3.4** Martha Olivia Martínez (perito de Medicina Legal) quien examinó a D.V.S.S el 19 de enero de 2018 declaró lo que la menor le informó le había ocurrido y precisó que no encontró lesiones externas que ameritaran incapacidad médico legal, así como que el examen genital y anal fue normal. Finalmente, aclaró que los tocamientos

referidos por la víctima no dejan huella física o evidencia alguna en el cuerpo de la víctima.

**6.4.3.5.** Como pruebas de descargo acudieron Karen Tatiana Cruz Salamanca (hija del procesado) y Clara Yolanda Salamanca Monroy (otra de las tías de la víctima).

La primera se refirió a la distribución del inmueble en el que residía con su padre el procesado, para decir que en el primer piso estaba la abuela, en el segundo su prima (la víctima) y otra tía, en el tercero “ellos” refiriéndose a su propio núcleo familiar compuesto por ella, su hermana Paola, su mamá Gilma y su padre el procesado.

También esgrimió que D.V.S.S. estudiaba y luego la llevaban a una asesoría de tareas aproximadamente hasta las 7 pm. No obstante, subía al tercer piso a jugar con Paola cuando no la llevaban a esa asesoría, pues en el segundo piso no había nadie y también los fines de semana, cuando incluso permanecía desde temprano hasta cuando la recogía la mamá a eso de las 4 de la tarde.

Aclaró que Paola era el nombre de quien ahora es su hermana antes de ser adoptada, pero luego pasó a llamarse Nicolle, aunque ya toda la familia estaba acostumbrada a llamarle Paola. Explicó que anteriormente su mamá, Gilma, era madre sustituta del ICBF y Paola llegó de 3 meses de edad, pero posteriormente sus padres tomaron la decisión de adoptarla.

Afirmó que la aquí víctima nunca estuvo de acuerdo con esa adopción por lo que le decía a Paola que era adoptada y no pertenecía a la familia y cuando se le reprendió por hacer esos señalamientos surgió la acusación contra su papá acerca de presuntos tocamientos. En todo caso, precisó que las dos menores de edad jugaban a la mamá, a la familia, con un tablero y coloreaban.

Destacó que su papá era taxista con un turno de 5 am a 5 pm todos los días, pero tenía uno libre que podía ser cualquiera en la semana; sin embargo, llegaba a casa a las 9pm porque se quedaba siempre en una tienda del barrio jugando Rana; así mismo, que ella para entonces no trabajaba, sino estudiaba de 7 am a 1 pm.

La segunda de las declarantes llevadas por la defensa resaltó que el procesado trabajaba en una flota como conductor desde las 5 de la mañana y llegaba a casa como a las 9 pm. Igualmente, informó vivir en el segundo piso del inmueble en el cual ocurrieron los hechos, aunque se la pasaba en el primer piso, donde residía la mamá, cuidándola. En ese lugar, jugaban Nicolle (Paola) y D.V.S.S cuando la hermana Gilma no estaba en el tercer piso, pues de lo contrario D.V.S.S subía allá.

Manifestó que la acá víctima era muy envidiosa con Nicolle por el hecho de ser adoptada y que pese a jugar tenían una rivalidad. Que Nicolle fue adoptada 7 años atrás y que la diferencia de edad con D.V.S.S era de 2 años, también que ésta última conocía a la primera desde bebé y empezaron a jugar juntas cuando Nicolle empezó a caminar.

**6.4.4** Bajo ese panorama, se aprecia, primeramente, que contrario a lo dicho por el procesado la declaración de la víctima es clara, coherente y contundente respecto de haber sido tocada por él, su tío **José Alfonso Cruz** en su vagina y senos, en diversas oportunidades, cuando visitaba su apartamento del tercer piso para jugar con la prima Paola, acontecimientos que ocurrían en la cocina de la vivienda. Conducta del procesado que se adecúa a lo descrito en el artículo 209 del CP.

La Sala encuentra que el relato de la agraviada fue circunstanciado y espontáneo, en efecto, de los eventos la menor de edad recordó el lugar donde ocurrían y la razón por la que estaba allí e indicó que fue directamente al encartado **José Alfonso cruz** el autor responsable y describió la forma en que aquel le tocaba la vagina y los senos, que

siempre era igual, incluso la posición en la que estaban ambos cuando sucedían los hechos que nos ocupan. Naturalmente el relato fue simple, puesto que también lo fueron los tocamientos que padeció, luego la ausencia de una narración detallada al respecto no mina en forma alguna su credibilidad.

Por demás, su dicho está corroborado circunstancialmente por los testimonios de su progenitora e incluso de las declarantes de descargo, que convergieron todos en que D.V.S.S. frecuentaba el apartamento del procesado, tanto en días hábiles, después del colegio o del apoyo académico que recibía, como los fines de semana, para jugar con su prima Paola.

Así, se colige que lo dicho por la menor de edad obedeció a la rememoración y no a una construcción propia, fantasiosa o inducida de los acontecimientos, como dice el procesado, 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. Tampoco se advierten razones para que la afectada decidiera involucrar indiscriminadamente al acusado en algo así, puesto que su relación y la de su progenitora con él y su núcleo familiar era buena, según dijo.

**6.4.5** Pese a que las declarantes de cargo y el apelante intentaron hacer notar que la versión de la menor estuvo motivada por los celos originados a raíz de la adopción de Paola por parte del procesado y su esposa Gilma, tales asertos no tienen respaldo alguno en la evidencia aportada y son descartados por otras afirmaciones de esas mismas testigos. Por ejemplo, no es explicable que D.V.S.S acudiera tan seguido, tanto entre semana como los fines de semana a ejecutar numerosos juegos con Paola, como dijo Karen Cruz, si le tenía tanta envidia y recelo desde que fue adoptada aproximadamente en el año 2013, según la temporalidad referida por Clara Yolanda Salamanca sobre el momento de la adopción.

En todo caso, de haber existido ese repudio de la víctima hacia su prima no es creíble que haya sido el motor de la invención de los hechos de este proceso, en atención a que si la adopción de Paola fue en el 2013 y desde entonces D.V.S.S estuvo en desacuerdo con su integración formal a la familia, no se entiende por qué esperaría hasta 2017 para idear y relatar lo del abuso que narró a los profesionales de la psicología en el colegio.

A ello se suma que de haber sido cierto que en una ocasión D.V.S.S señaló a Paola de no pertenecer a la familia y por ello fue reprendida, como dijo Karen Tatiana Cruz, eso no explica por qué la menor de edad escogió precisamente al procesado para vengarse involucrándolo en hechos de tocamientos libidinosos, sobre todo porque aquella deponente no dijo que éste hubiese sido quien corrigió a la víctima y más bien dio a entender que ellos dos nunca se cruzaban porque aquel permanecía fuera de casa todo el día y todos los días.

**6.4.6** El recurrente también criticó el valor suasorio del relato de la víctima pues en su sentir ella tuvo problemas para recordar los hechos. Pero como se anotó atrás, no fue así, la menor describió los tocamientos y las circunstancias que los rodearon, en lo que le faltó exactitud fue en la fecha de su ocurrencia, empero, hay que tener en cuenta que en el contexto de cotidianidad en el que se producían los mismos no le era fácil señalar una fecha específica por carecer ese tipo de escenarios de unos referentes para enmarcarlos en el tiempo con exactitud, lo que en manera alguna implica que su versión se mentirosa, en tanto de todas formas se refirió a la edad que tenía cuando comenzaron y terminaron.

En ese sentido interesa destacar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia:

*En este orden de ideas, la defensa debe entender que los delitos que vulneran la integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes, como en este caso, cuando son repetitivos ocurren en el contexto de su diario vivir,*

*por ende, la edad, puede influir en que no se conserve en la memoria la hora y el día exactos en que ocurrieron, por lo tanto, no es extraño que la evocación se relacione con determinados eventos especiales. (CSJ.AP 1041 de 2021).*

**6.4.7** Ahora bien, no es cierto que la víctima o su progenitora hayan dicho que la primera siempre se encontraba acompañada con Paola o Gilma, de ahí que en ningún momento el procesado haya podido perpetrar la conducta de la que se le acusa. Al contrario, D.V.S.S. explicó que, pese a que en el tercer piso estaban también Paola y su tía Gilma, los tocamientos sucedían cuando aquellas estaban en el cuarto y ella sola con el procesado en la cocina. Por su parte, la progenitora de la víctima dijo no poder asegurar si el procesado se quedaba solo o no con la niña, pues ella estaba trabajando y algo así no podía constarle.

En este punto, también precisa la Sala que el esfuerzo de las testigos de cargo por denotar que el procesado no tuvo oportunidad de tener contacto con la menor de edad debido a que llegaba a casa a las 9 pm cuando ésta ya no estaba allí, fracasa. Y es que, de acuerdo con la experiencia cotidiana, si su turno de trabajo como taxista terminaba a las 5 p.m, resulta extraño que absolutamente todos los días se quedara jugando en una tienda y además siempre por exactamente 4 horas (hasta las 9 pm), como afirmó su hija Karen, como si cumpliera un estricto horario para ese tipo de esparcimiento, lo cual es inusual para actividades de ocio, las que suelen desarrollarse sin esa rigidez.

En cualquier caso, de aceptar que así se comportaba el procesado, no debe olvidarse que su hija también dijo que tenía un día de compensatorio libre que podía ser cualquiera en la semana, de manera que dada la frecuencia con la que D.V.S.S. visitaba el apartamento de aquel, no hay duda de que en más de una ocasión coincidieron en el inmueble.

**6.4.8.** Tampoco es cierto como afirma el procesado que la progenitora de la menor no hubiese notado nunca cambios comportamentales en

su hija, pues en su declaración fue enfática en señalar que evidenció que D.V.S.S siempre tenía miedo y no le gustaba estar sola.

Aunque el opugnador también extraña una prueba que acredite el daño síquico en la menor en punto de entender reforzado su dicho, frente a ello debe concluirse que, en cualquier caso, ni eso ni la presencia de cambios comportamentales son verificaciones siempre necesarias para confirmar o infirmar la credibilidad de una declaración de un menor de edad víctima de delitos sexuales, su poder persuasorio se determina por la valoración de criterios como los referidos en el artículo 404 de La ley 906 del 2004, como la percepción y sentidos a través de los cuales se entera de lo que expone, el estado de su memoria para cuando declara, especialmente sobre la forma en que percibió lo que conoce y expone al estrado, en estado de sanidad de sus sentidos por los que percibió y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le permitieron enterarse los hechos que narra y su proceso de rememoración, la forma de sus respuestas y su personalidad y su comportamiento durante el interrogatorio, entre otros, aspectos que la instancia valoró positivamente y que esta sala encuentra que permiten dar todo crédito al dicho de la ofendida.

Se destaca lo dicho por la jurisprudencia al respecto:

*Finalmente, se refiere a la ausencia de daño psicológico en la víctima, así como a la prueba de que el procesado la haya contactado a través de redes sociales o por cualquier otro medio. Con ello da a entender que este tipo de información es necesaria para darle crédito a una declaración rendida en el juicio oral, lo que denota la tergiversación de la jurisprudencia de esta Corporación acerca de la denominada “corroboración periférica”. (CSJ. AP 674 de 2021)*

Ello es así por cuanto, hay muchos otros aspectos, como los que al momento de analizar el relato de la menor D.V.S.S. se resaltaron aptos para determinar la verosimilitud de la testigo, sin que sea indispensable demostrar su afectación psicológica producto del abuso para dar crédito a su dicho.

**6.4.9** Finalmente, se advierte al acusado que lo contado por la víctima no constituye apenas un indicio de probabilidad como pregona, sino prueba directa, en tanto todos los hechos relatados le constaron y los percibió por sus propios sentidos.

**6.5.** En suma, ninguno de los argumentos expuestos por el recurrente tiene vocación de prosperar, por cuanto con las pruebas de la Fiscalía, particularmente el testimonio de la víctima vertido en el juicio oral resultan acreditados más allá de duda razonable los hechos atribuidos por el ente acusador al procesado y su responsabilidad en los mismos.

**6.6.** De otro lado, no puede pasar por alto la Sala un error en la calificación jurídica de los hechos. Al procesado se le enrostró como agravante de los actos sexuales con menor de catorce años, la circunstancia consagrada en el numeral 2º del artículo 211 del CP (*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*), bajo el entendido de que la conducta la habría cometido prevalido de la confianza derivada de ser la víctima sobrina de su esposa y de su posición en la familia como cuñado de la madre de la afectada (en otras palabras, por razón del parentesco de tercer grado de afinidad con D.V.S.S), como se extrae de las audiencias de imputación<sup>7</sup> y acusación<sup>8</sup>, lo cual, en realidad se adecúa al agravante del numeral 5º del artículo 211 del CP:

*La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.*

Al respecto, interesa recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en un caso similar:

---

<sup>7</sup> Record 01:08:00 y ss. Audiencia del 4 de octubre de 2018.

<sup>8</sup> Record 00:09:52 y ss. Audiencia del 14 de junio de 2019.

*Como se precisará, entre la menor ofendida y el acusado existía un grado de confianza, derivado de su parentesco y del hecho de compartir la misma vivienda en donde coincidían en todos los lugares de la casa, siendo estas razones las que permitieron el abuso sexual y acceso carnal reiterado de XXX contra su hijastra.*

*En esas condiciones, el numeral 5° del artículo 211 del Código Penal reúne todas las circunstancias que permitieron agravar la sanción al procesado, pues allí se incluye, se insiste, no solo la relación de parentesco – padrastra hijastra-, sino adicionalmente el grado de confianza entre agresor y victimario, incluso la conformación de una unidad doméstica que permitió llevar a cabo el abuso cuando estos se encontraban solos.*

(...)

*La segunda hipótesis contenida en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, regula el vínculo de confianza de manera genérica, el cual está llamado a aplicarse sólo en los casos en los que dicho nexo provenga de situaciones diferentes a las indicadas en el numeral 5°, entre ellas el grado de parentesco entre el agresor y la víctima.*

*Así las cosas, para el asunto que ocupa la atención de la Sala, la norma indicada para la atribución de la agravante consistente en la posición del victimario que permita un vínculo de confianza entre la víctima y el agresor sexual cuando ésta se deriva del parentesco, es el numeral 5° del citado artículo 211 del estatuto punitivo... (CSJ. SP 3141 de 2020)*

Siendo así, corresponde a la Sala variar la calificación jurídica para respetar el principio de legalidad, en el sentido de declarar que el agravante que se materializó en este caso es el del numeral 5° del artículo 211 del CP.

Esa variación es posible porque respeta las reglas jurisprudenciales<sup>9</sup> para proceder a hacerlo: (i) no altera de ninguna manera los hechos atribuidos al acusado; (ii) el delito conserva su género; (iii) el cambio no muta la conducta a una de mayor entidad sino de igual, dado que este agravante y el del numeral 2° *ibídem* aparejan idéntica alza punitiva.

---

<sup>9</sup> cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, es necesario que respete los hechos, se trate de un delito del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad. (CSJ. SP del 25 de mayo de 2015. Rad.44287. reiterada en CSJ. SP 606 de 2018)

Por manera que en ese aspecto doctrinal se modificará la sentencia de primera grado, decisión que será confirmada en los demás puntos apelados por no hallarse la razón al recurrente en sus críticas.

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,

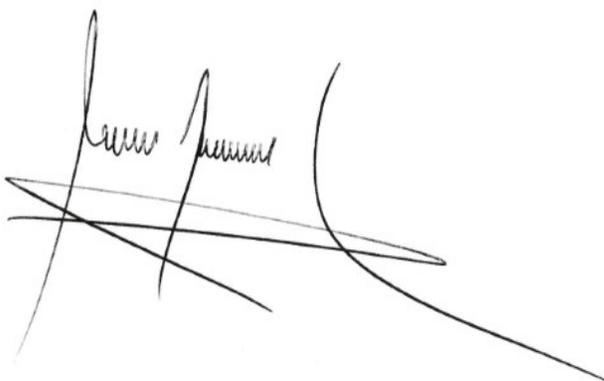
**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia apelada en el sentido de aclarar que el agravante de los actos sexuales abusivos con menor de catorce años por los que fue condenado el procesado, es el contenido en el artículo 211 numeral 5º del Código Penal.

**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.



**RAMIRO RIAÑO RIAÑO**  
Magistrado

(APROBADO)  
**JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN**  
Magistrado

(APROBADO)  
**CARLOS HÉCTOR TAMAYO MEDINA**  
Magistrado

Radicado: 110016000017201800690 01  
Procesado: José Alfonso Cruz  
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años