



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Penal

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**  
**Magistrada Ponente**

**SP4762-2020**

**Radicación N° 54816**

Aprobado acta No. 257

Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020)

**1. V I S T O S**

Se decide el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de EDGARDO ÁVILA GALVIS contra la sentencia de segunda instancia proferida el 17 de septiembre de 2018 por el Tribunal Superior de Valledupar, mediante la cual se confirmó la decisión de condenar al acusado como autor del delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

**2. A N T E C E D E N T E S**

## **2.1 Fácticos.**

El 19 de diciembre de 2015, antes de las 8:00 a.m., en el sector de invasión «Los Cocos» del municipio de Aguachica-Cesar, EDGARDO ÁVILA GALVIS orinó en una parte descubierta del lote de propiedad de Luis Emel Badillo Ortega, a quien le solicitó permiso para ello, y concomitantemente o después dejó ver su pene a la niña M.Y.T.P. (11 años) que se encontraba en un patio vecino y a las hermanas M.C.R.S. (10 años) y G.R.S. (12 años), que lo alcanzaban a observar desde la terraza de la casa de su abuela materna.

## **2.2 Procesales.**

Por los hechos descritos, el 20 de diciembre de 2015, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Alberto-Cesar, con función de control de garantías, se formuló imputación a EDGARDO ÁVILA GALVIS como autor de *actos sexuales con menor de catorce años* (art. 209 C.P.).

En audiencia preliminar subsiguiente, por solicitud del delegado de la Fiscalía, el Juzgado de Garantías impuso al procesado medida de aseguramiento consistente en detención preventiva carcelaria.

El 9 de junio de 2016, el Juzgado 2 Promiscuo del Circuito de Aguachica-Cesar, con función de conocimiento,

realizó audiencia donde se formuló acusación contra el procesado por el mismo delito antes señalado.

El 6 de julio de 2016 tuvo lugar la audiencia preparatoria. Y, el juicio oral se desarrolló en sesiones celebradas los días 4 de agosto, 12 de octubre y 17 de noviembre de 2016.

En la última fecha, el Juzgado anunció que la decisión sería condenatoria por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años* y el 2 de junio de 2017 profirió la respectiva sentencia.

En consecuencia, se impuso al acusado pena de prisión por 9 años (sin suspensión condicional ni sustitución por domiciliaria) y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Por virtud del recurso de apelación que interpusieron el defensor y la delegada del Ministerio Público, la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, en fallo aprobado el 17 de septiembre de 2018 y leído el 2 de octubre siguiente, confirmó la decisión condenatoria y sus consecuencias.

Contra la sentencia de segunda instancia, el defensor interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

Con auto del 25 de junio de 2020 se admitió la demanda de casación superando sus defectos técnicos y, en aplicación del Acuerdo 020/2020, se ordenó correr traslado, por un término común de 15 días, al demandante y a los sujetos no recurrentes para que presentaran sus alegaciones a través de medios electrónicos.

En ese lapso, el defensor manifestó que reiteraba los argumentos de la demanda y los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público solicitaron no casar la sentencia.

### **3. EL RECURSO**

#### **3.1 Demanda de casación.**

El recurrente denuncia la violación de las reglas de apreciación de la prueba por las siguientes razones fundamentales:

- La sentencia *«sólo encuentra veracidad en las entrevistas que rindieron las menores M.Y.T.P., M.C.R.S. y G.R.S.»* desestimando así las versiones que estas relataron en el juicio oral.

- Tampoco se tuvo en cuenta el testimonio de Marisel Rangel Saavedra que negó haber suscrito la declaración inculpativa que se le atribuye. Y, rechaza que la Fiscalía haya desistido de escuchar a Elvia Rosa Pino, madre de otra de las menores, que podía esclarecer los hechos.

- EDGARDO ÁVILA GALVIS descubrió su pene porque estaba orinando en el lote de Luis Emel Badillo Ortega, a quien le solicitó autorización para tal efecto, sin que las pruebas practicadas acreditaran que tenía el ánimo libidinoso imprescindible para configurar un delito sexual.

- Precisamente, en último lugar, alega que frente al aspecto indicado se desconoció el testimonio de Luis Emel Badillo Ortega.

### **3.2 Alegatos de no recurrentes.**

3.2.1 La **Fiscal 12 delegada ante la Corte** solicitó desestimar la pretensión del demandante.

El Tribunal confrontó la versión contenida en las entrevistas y la posterior rendida por las niñas en juicio, concluyendo de manera acertada que sus retractaciones obedecieron a causas ajenas a sus voluntades, como es usual en este tipo de casos.

En tal sentido, destaca la concordancia y espontaneidad de las declaraciones incriminatorias de M.Y.T.P. y G.R.S., recordando que esta última relató movimientos corporales del agresor que reflejaban una «*clara insinuación de contenido sexual*»; además, aquéllas fueron comunicadas por las menores a su madre Maricela y también al policía Flavio Omero Mora y, finalmente, se incorporaron al juicio con

observancia del debido proceso *«en tanto fueron objeto de contrainterrogatorio»*.

De otra parte, Luis Emel Badillo Ortega no podía afirmar la inocencia del acusado porque lo perdió de vista después de autorizarlo a que ingresara a su predio a orinar. Agrega que *«no se necesita un lapso considerable de tiempo»* para que aquél mostrara su pene a las niñas de manera obscena.

En fin, las pruebas permiten concluir que el procesado *«aprovechó su ingreso al predio para orinar, y al divisar a las 3 menores, de manera descarada y libidinosa, les mostró su pene, sin reparo o pudor alguno, ...»*.

3.2.2 La **Procuradora 3 delegada ante la Corte**, igualmente, pidió no casar la sentencia impugnada porque esta sí valoró las pruebas de la defensa, en especial el testimonio de Luis Emel Badillo Ortega, presentado por la defensa.

A su vez, las entrevistas de las menores resultan confiables porque estas expresaron la razón de sus dichos, son coherentes, detalladas y espontáneas; por tanto, demuestran que el comportamiento del acusado fue libidinoso sin que *«pueda asemejarse a uno propio de una necesidad fisiológica»*. Y, sus retractaciones pueden deberse a *«aleccionamiento»* porque no es creíble que sintieran temor y alertaran a sus familiares solo por haber visto a un hombre orinar. Tampoco es acorde a la experiencia que este realizara

la acción fisiológica 2 veces en un mismo momento, salvo que tuviera «*problemas de retención urinaria*» que no fueron alegados.

Recuerda que las niñas, de manera coincidente, contaron a la investigadora Vereine Quintero Soto y a los policías Juan Alexis Alviades Blanco y Flavio Omero Mora Rosero, que la persona retenida por la comunidad «*les había exhibido el pene*». A pesar de que aquéllas se retractaron en juicio, sus declaraciones previas fueron incorporadas y la defensa tuvo oportunidad de conocerlas y «confrontarlas» con tales testigos; por tanto, pueden ser valoradas según las directrices indicadas en la sentencia SP606-2017 (44950).

Concluye que ningún error de hecho se cometió en la sentencia porque la versión más creíble fue la que expresaron las víctimas recién ocurridos los acontecimientos.

## **4. CONSIDERACIONES**

### **4.1 Competencia.**

Según lo dispuesto en los artículos 32.1 y 185 del C.P.P., corresponde a la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal dictar fallo de casación en el proceso seguido contra EDGARDO ÁVILA GALVIS por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

#### **4.2 Delimitación del problema jurídico.**

Conforme a los argumentos del demandante (defensor) y oposiciones planteadas por los no recurrentes (Fiscalía y Procuraduría), el debate planteado consiste en determinar si la valoración probatoria en que se fundó la decisión condenatoria, confirmada por la sentencia de segunda instancia, incurrió en errores manifiestos y trascendentes. Luego, de manera oficiosa, se establecerá si la premisa fáctica demostrada se adecua al tipo de *actos sexuales con menor de catorce años*.

#### **4.3 Fundamentos de la condena.**

Las motivaciones básicas expuestas en la sentencia de segunda instancia para confirmar la decisión de condenar a EDGARDO ÁVILA GALVIS fueron:

4.3.1 Se asigna valor a las entrevistas de M.Y.T.P., M.C.R.S. y G.R.S. por encima de sus testimonios en juicio, porque aquéllas fueron prolijas en describir las circunstancias del hecho exhibicionista y se *«acompanan con las reglas generales de la experiencia»*, mientras que la retractación tiene *«escasa e infundada justificación»*.

4.3.2 Esas declaraciones descartan que el procesado realizara solo la acción de orinar porque después de esta sacó su pene nuevamente y *«hace unos movimientos pélvicos o con*



*su cadera, que los adultos sabemos es una insinuación de contenido sexual».*

4.3.3 Tampoco se considera creíble la retractación de Marisel Saavedra Jiménez porque si sus hijas le comentaron que vieron a un individuo miccionar, no tenía razón para propiciar la captura de este ni denunciarlo.

4.3.4 Luis Emel Badillo Ortega, testigo de la defensa, no presenció el desarrollo de los acontecimientos porque se limitó a darle permiso al acusado para que ingresara a su predio a orinar.

4.3.5 Las declaraciones contenidas en las entrevistas son legales porque la defensa *«tuvo la oportunidad de confrontar ... a través del contrainterrogatorio a la testigo de acreditación y a las menores quienes concurren al juicio oral ...».*

4.3.6 La conducta del acusado se corresponde con la modalidad típica de «inducir a prácticas sexuales» porque *«exhibir su pene mientras realiza movimientos pélvicos, o con su cadera, tiene la aptitud suficiente para invitarlas ...».*

#### **4.4. Reglas jurisprudenciales aplicables.**

##### **4.4.1 Prueba de referencia. Caso especial de los niños.**

La admisibilidad de la prueba de referencia es excepcional (art. 379), por virtud de lo cual se limita a las hipótesis en las que el testigo no se encuentre disponible para declarar en juicio, como son las descritas en el artículo 438.

Esa naturaleza excepcional obedece, básicamente, a que la declaración foránea lesiona el derecho a la confrontación del testigo<sup>1</sup> y el principio de inmediación, los que constituyen garantías procesales fundamentales (arts. 250-4 constitucional, y 8-lit. k, 15, 16, 379 y 402 del C.P.P.). Es esa la razón, también, por la que el artículo 381 dispone que *«la sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia»*.

El procedimiento para la admisión de una prueba de referencia abarca las siguientes etapas: (i) el descubrimiento de la misma; (ii) la explicación de la pertinencia de la declaración anterior; (iii) la enunciación y demostración de la causal de su admisibilidad excepcional; y (iv) la indicación de los medios a través de los cuales se demostrará la existencia y contenido de la declaración que constituye prueba de referencia (SP14844-2015, oct. 28, rad. 44056; SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919; entre otras).

---

<sup>1</sup> En la SP1664-2018, may. 16, rad. 48284, se indicó que el derecho a la confrontación, incluye: *«(i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las objeciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a asegurar la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo»*.

Cuando la víctima del delito es un niño o niña, la Sala ha puesto de presente la necesidad de brindarles la protección especial dispuesta en el ordenamiento jurídico (especialmente, en la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia). Sin embargo, ha aclarado que ello no puede hacerse a través de la eliminación de las garantías mínimas del procesado, entre otras cosas porque las mismas también están previstas en normas con fuerza constitucional (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; SP934-2020, may. 20, rad. 52045; SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919, entre otras).

Sobre esa base, ha resaltado que el ordenamiento jurídico le brinda a la Fiscalía diversas posibilidades para presentar en el juicio oral la declaración de un niño o niña que comparece en calidad de víctima de delitos sexuales u otras conductas graves, a saber: (i) hacer uso de la prueba anticipada; (ii) solicitar la declaración anterior como prueba de referencia; y (iii) presentar al niño como testigo en el juicio oral (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; SP934-2020, may. 20, rad. 52045; SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919, entre otras).

Por último, se ha admitido la posibilidad de que se incorporen como prueba de referencia las declaraciones anteriores aun cuando la Fiscalía presenta al niño o niña como testigo en el juicio oral, pero advirtiéndole que ello solo es posible en casos excepcionales como, por ejemplo, cuando la edad de la supuesta víctima, su condición mental u otra situación equivalente den lugar a que su disponibilidad como

testigo sea relativa (SP2709-2018, jul. 11, rad. 50637; SP934-2020, may. 20, rad. 52045; SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919, entre otras).

#### **4.4.2 Declaraciones anteriores incompatibles con el testimonio en juicio.**

A más de las hipótesis de indisponibilidad del testigo que viabilizan la admisión como pruebas de referencia, las declaraciones previas también podrán introducirse como medio probatorio, cuando el deponente comparezca al juicio oral a rendir testimonio y, en esta oportunidad, cambie la inicial versión o se retracte de la misma.

En ese evento, la parte interesada en que se incorpore la declaración anterior debe solicitarlo de manera expresa porque, recuérdese, es una excepción a la regla de que *«únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento»* (art. 16 C.P.P.), y solo de esa manera se garantiza a la contraparte tenga la oportunidad de oponerse a su introducción.

Si el juez admite esa petición se incorporará como parte del testimonio la declaración contradictoria anterior, para lo cual es indispensable que el testigo no solo esté disponible físicamente sino que lo esté para ser contrainterrogado, ya que la posibilidad de ejercer esta faceta crucial del derecho a la confrontación constituye la principal diferencia entre la

prueba de referencia y el testimonio adjunto (SP606-2017, ene. 25, rad. 44950; SP934-2020, may. 20, rad. 52045; SP4103-2020, oct. 21, rad. 56919, entre otras).

#### **4.4.3 Tipicidad de los actos exhibicionistas.**

En la sentencia SP2894-2020, ago. 12, rad. 52024, se abordó con amplitud el estudio de la relevancia típica de la exhibición de órganos genitales ante niños o adolescentes con edad inferior a los 14 años, concluyéndose que se adecúa a uno de los supuestos descritos en el artículo 209 del C.P., *«siempre que constituya una conducta sexual explícita, lo que ocurrirá cuando el agente tenga ánimo libidinoso y, además, sus manifestaciones objetivas, más allá del simple desnudo, generen un contexto sexual, como por ejemplo aquél acompañado de palabras, comentarios, masturbación u otros gestos o movimientos corporales asociados al ejercicio de la sexualidad.»*

Las razones centrales de esa conclusión fueron:

1. La tendencia normativa internacional es a considerar el *exhibicionismo* y otros actos con alguna significación sexual en espacios públicos, como una forma de violencia de género catalogada como *«acoso sexual callejero»*, no como una modalidad de violencia o abuso sexual. En ese contexto, la mayoría de las legislaciones foráneas distingue, expresamente, entre actos de *connotación* y actos de *naturaleza sexual*<sup>2</sup>.
2. Los estados (americanos y europeos) que tipifican los actos exhibicionistas de manera autónoma, no abarcan la totalidad de

---

<sup>2</sup> Argentina, Uruguay, Ecuador, Perú y Costa Rica.

estos sino los «obscenos»<sup>3</sup> o, de manera más unívoca, los de *contenido sexual explícito* (Chile), sin perder de vista que, en todo caso, constituyen uno «*de los más bajos peldaños en la tutela del bien jurídico [libertad e indemnidad sexuales]*»<sup>4</sup>, como lo demuestra la levedad de las penas que le son impuestas en comparación con las asignadas a las formas propias de violencia o abuso sexual.

3. La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que actos humanos con algún tinte libidinoso no alcanzan la categoría de sexuales porque no trascienden al mundo exterior, lo hacen con una entidad insuficiente o a través de conductas inidóneas; en particular, se ha aclarado que la desnudez o exhibición de zonas corporales erógenas sólo configura una actividad sexual si es manifiesta o explícitamente sexual, acorde con la tendencia internacional.

(...).

Dos razones adicionales cimientan aún más esa conclusión:

- Primera: el mismo legislador colombiano consideró, en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (L. 1801/2016), que «*no constituyen actos sexuales o de exhibicionismo **los besos o caricias** que las personas, sin importar su género, color de piel, orientación sexual o identidad de género, manifiesten como expresiones de cariño, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad*». En consecuencia, la percepción de esta clase de conductas con alguna indiscutible significación sexual, aun cuando sea por niños o adolescentes, ni siquiera constituye una contravención policiva.

En otras palabras, en Colombia -así como en la mayoría de estados constitucionales y democráticos del mundo- existen actos de alguna connotación sexual cuya ejecución pública es tolerada o socialmente aceptada, aun cuando para algunos sectores de la población puedan considerarlos vulgares, inmorales, grotescos o impúdicos.

- Y, segunda: la educación sexual desde el nivel preescolar que permita «*desarrollar una sana sexualidad que promueva el conocimiento de sí mismo y la autoestima, la construcción de la identidad sexual dentro del respeto por la equidad de los sexos, la afectividad, el respeto mutuo y prepararse para una vida familiar armónica y responsable*», constituye un imperativo y un objetivo común del sistema educativo colombiano (arts. 13.d y 14.e, L.

---

<sup>3</sup> Argentina y España.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 16.

115/1994). Por tanto, la observación de la desnudez corporal inclusive desde temprana edad, más allá de los prejuicios morales que al respecto subsistan, por sí sola no constituye una conducta penalmente relevante.

#### **4.5 Examen del caso juzgado.**

4.5.1 Las declaraciones previas de las niñas no fueron incorporadas como pruebas de referencia ni como testimonios adjuntos.

Como se anunció en el numeral 4.3 y fue alegado por el demandante, la sentencia se fundó en las entrevistas que, ante una funcionaria de policía judicial, rindieron las niñas M.Y.T.P., M.C.R.S. y G.R.S., siendo estas las únicas testigos del comportamiento atribuido a EDGARDO ÁVILA GALVIS - enseñarles el pene desde un predio vecino-. Este hecho que se imputó como típico de *actos sexuales con menor de catorce años* fue negado por las 3 menores cuando rindieron testimonio en juicio, en el que manifestaron que la única acción que vieron ejecutar a aquél fue la de orinar.

Esas versiones inculpativas suministradas por fuera del juicio oral fueron presentadas, en la sesión del 4 de agosto de 2016, por el delegado de la Fiscalía con la testigo Vereine Quintero Soto, investigadora del C.T.I. que las recaudó, quien dio lectura de sus respectivos contenidos.

Ante la petición de que las entrevistas se tuvieran como «evidencias», el juez admitió su incorporación sin reparar en que la parte acusadora no las solicitó como «pruebas de referencia» ni acreditó una causal de admisión excepcional de las mismas y, en general, no cumplió con el debido proceso para introducirlas. A esta altura del juicio, tampoco se había presentado una retractación de las declarantes que habilitara la admisión de esas entrevistas como «testimonios adjuntos».

Luego, en la sesión del 12 de octubre de 2016, M.Y.T.P., M.C.R.S. y G.R.S concurrieron a rendir sus testimonios. En este escenario, luego de que negaran que el procesado les había enseñado el pene, el fiscal del caso -a través del defensor de familia-, formuló unas preguntas tendientes a evidenciar contradicciones frente a algunas partes de las versiones que entregaron a la policía judicial, contenidos estos que eran afirmados -leídos- por el interrogador sin siquiera preguntarle antes a las testigos menores si recordaban ser sus autoras, es decir, si las reconocían como suyas; cometido que, vale advertir, se habría dificultado porque a estas se les indicó que las entrevistas fueron recibidas por un miembro -masculino- de la Policía Nacional, cuando en verdad lo fueron por una investigadora del C.T.I.

A continuación, se transcriben las únicas partes de los interrogatorios cruzados donde se aludió a las narraciones contradictorias:

1) Testimonio de M.Y.T.P.



Pregunta (Interrogatorio directo): ... A ti te recibieron una entrevista la policía, un patrullero de la Policía Nacional en presencia del defensor de familia. Yo quiero que tú me digas algo al respecto, tú dices aquí que el señor se sacó el pipí y se bajó los pantalones. ¿Eso ocurrió?

M.Y.T.P.: no

Pregunta (Interrogatorio redirecto): En la entrevista inicial tú dijiste que habías visto al tipo orinando y que después te fuiste para otro lado y que en otro lado el tipo te mostró el pipí. ¿Eso es cierto?

M.Y.T.P.: No.

Luego, el Juez realizó 2 «preguntas aclaratorias» sobre el mismo tema de las entrevistas:

Pregunta: ¿Por qué razón el día 19 de diciembre de 2015 que te hicieron la entrevista inicial tú le contaste al funcionario que el señor te había mostrado el pipí y se había bajado los pantalones y hoy nos das una versión totalmente diferente?, ¿porque hoy nada más nos estás diciendo que tú lo habías visto orinar? ¿Por qué cambiaste esa versión?

M.Y.T.P.: No, porque yo lo había visto era orinar.

Pregunta: ... ¿Tú has recibido presiones, amenazas de alguna persona para que tú cambiaras esta versión ... o te han ofrecido algo para que tú cambiaras la versión que originalmente diste ...?

M.Y.T.P.: No.

## 2) Testimonio de M.C.R.S.

Pregunta: Tú en una entrevista que te hizo los miembros de la Policía le contaste al policial lo siguiente: “que estábamos mi hermanita Gisella y yo barriendo la terraza en la casa de mi abuela Alba Rosa, cuando volteo a mirar al lote de mi tía Faride que queda en frente veo a un hombre que llegó en una moto roja grande, traía un casco delante, el señor se bajó de la moto, se

abrochó los pantalones y se sacó el pipí y se los bajó, no nos dijo nada a nosotras, salimos corriendo, gritando a contarle a mi abuela”. Esa es la versión que tú le distes al policial, algo más pasó ese día, ¿el señor les mostró el pipí a ti y a tu hermana Gisella?

M.C.R.S.: No.

Pregunta (Interrogatorio redirecto): ... Tú en la versión anterior nos dijiste que el señor se había bajado los pantalones ... y ahora dices que estaba de espaldas, explícanos esa contradicción ...

M.C.R.S.: Porque él se «desaferró» [sic], la vaina esa, y se volteó.

### 3) Testimonio de G.R.S.

Pregunta (Interrogatorio directo): ... El 19 de diciembre del año pasado tú le dijiste al funcionario judicial que levantó esta acta que “tu vistes a ese man que estaba diagonal a tu casa y que me hacía así grosería, moviste las caderas, ¿a qué te referías cuando le dijiste eso al funcionario judicial?

G.R.S.: Que estaba muy asustada (...) porque nunca había visto eso.

Pregunta (Interrogatorio redirecto): En la versión anterior ... tú dijiste que el señor se había bajado los pantalones y ahora dices que estaba de espalda, ¿por qué cambiaste tu versión ...?

G.R.S.: Porque estaba muy asustada.

Al ser esas las únicas intervenciones del delegado de la Fiscalía frente a las declaraciones previas incompatibles con las expuestas en el proceso, es evidente que, a más de la forma antitécnica de aludirlas por no sentar las bases de su existencia y contenido con las propias testigos, aquél jamás solicitó la incorporación de las entrevistas en el momento en que se activó la posibilidad de hacerlo en la condición de «testimonios adjuntos», es decir, cuando las testigos realizaron

en juicio manifestaciones contrarias a aquéllas. Por substracción de materia, al defensor nunca se le confirió oportunidad para oponerse a su eventual introducción.

Por su parte, el Juez nunca decidió admitir las entrevistas de M.Y.T.P., M.C.R.S. y G.R.S. como «testimonios adjuntos» y, no obstante, sin el más mínimo rigor en el tratamiento legal de las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, formuló 2 «preguntas aclaratorias» a M.Y.T.P. utilizando contenidos que esta había referido ante la investigadora de la Fiscalía, para indagarle sobre el motivo de la contradicción.

Recuérdese que el funcionario judicial sí había accedido a incorporar las entrevistas durante el testimonio de Vereine Quintero Soto, pero esta decisión es ilegal porque no se reunían las condiciones para darles el estatus de «prueba de referencia» y, como ya se explicó, para ese momento tampoco se había presentado una retractación que habilitara la opción de los «testimonios adjuntos». Y, aun cuando se alegue que este presupuesto se cumplió en la sesión subsiguiente del juicio cuando se conoció la declaración procesal de las niñas, de todas formas, se reitera, en esta ocasión la parte interesada omitió formular la solicitud de admisión y esta decisión nunca se produjo.

Así las cosas, las versiones previas de las niñas que presenciaron el hecho jurídicamente relevante no fueron legalmente introducidas: (i) como «pruebas de referencia»

porque ni siquiera se cumplía el presupuesto esencial de la indisponibilidad de las testigos, pues estas comparecieron a juicio y respondieron todas las preguntas del interrogatorio cruzado, sin que la Fiscalía hubiese alegado la necesidad excepcional de incorporarlas de manera concurrente. Tampoco (ii) como «testimonios adjuntos», porque no se solicitaron como tal ni se permitió la oposición a la defensa ni el Juez decidió admitirlas así.

En ese orden, la decisión de condena se fundó en contenidos probatorios irregularmente aportados o, lo que es igual, en falsos juicios de legalidad. Estos vicios son trascendentes porque, se reitera, en juicio las únicas testigos del acto exhibicionista imputado fueron las niñas M.Y.T.P., M.C.R.S. y G.R.S., y estas concurren a negarlo; además, como se verá más adelante, las otras pruebas, en esencia, introdujeron los contenidos incriminatorios de referencia.

4.5.2 Ahora bien, aun cuando se omitiera el error de derecho que se acaba de identificar, de por sí suficiente para casar la sentencia condenatoria; subsiste otro motivo que produciría el mismo efecto: la aplicación indebida del artículo 209 del C.P. porque el comportamiento exhibicionista imputado no configura el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

4.5.2.1 EDGARDO ÁVILA GALVIS fue acusado como autor del delito contra la integridad y formación sexuales, con base en los siguientes hechos:

Según informe de la policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia -FPJ5- fechado 19/12/2015, ese día siendo aproximadamente las 08:00 horas, momento en el que el SI. Flavio Mora Rosero y el PT. Juan Alexis Alviades Blanco, realizaban labores de patrullaje urbano, el CAI San Pedro les informa de una riña en el sector de la invasión los cocos, al llegar a dicha invasión, ya que esta no cuenta con nomenclatura, la comunidad los orientó donde se estaban presentando los hechos, al llegar al lugar observaron a la comunidad, quienes tenían aprehendida a una persona de sexo masculino, en ese momento se acercan a los policiales dos señoras con sus hijas quienes señalaban a este ciudadano y manifestaron que momentos antes **les había exhibido el miembro viril a las menores**, estas señoras se identificaron como ELVIA ROSA PINO FIGUEROA, con cédula de ciudadanía 22.493.335 de Barranquilla, Atlántico, madre de la menor M.J.T.P. de 11 años de edad, y la señora MARISEL SAAVEDRA JIMENES, identificada con la cédula de ciudadanía 49.667.400 de Aguachica, Cesar, madre de las menores M.C.R.S. y M.G.R.S., es de anotar que las tres menores persistían en señalarlo como la persona que les había exhibido el miembro viril y quien se identifica como EDGARDO ÁVILA GALVIS, con cédula de ciudadanía 77.180.199 de Aguachica, Cesar; ...

Obsérvese que la acusación consistió en el recuento del contenido de algunos elementos materiales de prueba (informe de captura y versiones previas de testigos), cuando la narración de la Fiscalía debió limitarse a los «hechos jurídicamente relevantes», es decir, a los supuestos fácticos que encajan en el tipo penal seleccionado -y sus datos indicadores-. No obstante, el contexto de la acusación permitió entender que se imputaba a EDGARDO ÁVILA GALVIS el haber mostrado su pene a M.J.T.P., M.C.R.S. y M.G.R.S., todas menores de 14 años, como bien lo sintetizó el fiscal en el título que dio a su teoría del caso en el juicio: **«un miembro viril expuesto al público se vuelve delito».**

En ese marco fáctico, debe recordarse que la exhibición de un órgano genital ante niños o adolescentes con edad inferior a los 14 años sólo configurará el delito contemplado en el precitado artículo 209 si puede catalogarse como una **conducta sexual explícita**, es decir, si existe un ánimo libidinoso en el exhibicionista y «*sus manifestaciones objetivas, más allá del simple desnudo, generen un contexto sexual, como por ejemplo aquél acompañado de palabras, comentarios, masturbación u otros gestos o movimientos corporales asociados al ejercicio de la sexualidad*».

Entonces, la conducta por la que se acusó a EDGARDO ÁVILA GALVIS, al consistir en la sola exhibición de su pene a 3 niñas, no configura el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*. De ahí que se incurriera en una violación directa, por aplicación indebida, del artículo 209 sustantivo.

4.5.2.2 Ahora bien, en la sentencia de segunda instancia, de manera por demás incongruente con la acusación, se agregó que el procesado acompañó el acto exhibicionista de «*unos movimientos pélvicos o con su cadera, que los adultos sabemos es una insinuación de contenido sexual*»; es decir, para el Tribunal tales gestos convierten dicho acto en una conducta explícitamente libidinosa. Esa circunstancia del hecho la tuvo por demostrada con la sola entrevista de G.R.S., pues las otras 2 niñas no la refirieron, según el siguiente apartado:

... la menor G.R.S., afirmó: “esta mañana después que fui a la novena, yo estaba en mi casa cuando mi abuela EVELIA ROSA me mandó a barrer la terraza de la casa, fue cuando vi al man

ese que estaba diagonal a la casa **y me hacía groserías (se deja constancia que la menor hace movimientos con la cadera) me mostraba su pene**, el man ese se había abierto el pantalón que era un jean y se había sacado el pene, pero tenía los pantalones puestos (...)”, lo cual prueba, contrario a lo dicho por ambos recurrentes, que la intención del procesado, no era realizar una necesidad fisiológica, sino satisfacer un deseo sexual, pues ... muestra su pene y hace unos movimientos pélvicos o con su cadera, que los adultos sabemos es una insinuación de contenido sexual, ...<sup>5</sup>

Según la cita de la sentencia, G.R.S. habría manifestado por fuera del juicio oral que el acusado: «*me hacía groserías me mostraba su pene*» acompañando esta parte del relato con un gesto con el que imitaba el realizado por aquél mientras desarrollaba el comportamiento exhibicionista. Pues bien, en el juicio no se refirió la existencia de una videograbación de la entrevista de la niña que permitiera al Juez y a las partes observar -directamente- ese gesto «grosero», por tanto, el Tribunal sólo contó con la descripción que del mismo hizo la entrevistadora Vereine Quintero Soto, es decir, «*movimientos con la cadera*».

A pesar de que, como antes se indicó, tanto la niña G.R.S. como la investigadora del C.T.I. comparecieron a juicio a rendir testimonio, la Fiscalía no interrogó a ninguna de estas sobre el movimiento corporal que la primera realizó y que la segunda observó durante la entrevista. A la funcionaria de policía judicial se limitó a pedirle que leyera el contenido de las versiones que había escuchado de las 3 menores de 14 años. Entonces, a lo sumo y en gracia de discusión, se tendría como hecho probado que, en la citada diligencia investigativa, «*la menor hace movimientos con la*

---

<sup>5</sup> Páginas 12 y 13, sentencia de segunda instancia.

*cadera*» imitativos de la conducta del acusado, sin que se llegaran a conocer más detalles de esas acciones corporales.

Además, la agencia acusadora tampoco intentó dilucidar con la testigo de la existencia y contenido de la declaración previa de G.R.S., ni con esta misma en juicio, qué entendía, a la corta edad que tenía cuando lo expresó (12 años), por el término «grosería» y la razón por la que así calificó la conducta del procesado; es más, no se precisó si con ese adjetivo se refería a la exhibición del pene o al movimiento de cadera, o a ambos.

Aunque pueda suponerse que la opción más razonable es que la declarante descalificaba el conjunto de la actuación del supuesto exhibicionista, la precisión de su entendimiento del adjetivo que empleó era necesarísima porque ni siquiera desde el punto de vista gramatical una «grosería» tiene una connotación necesariamente sexual, como puede verificarse en las distintas acepciones que de esa palabra contempla el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia: «1. *Descortesía, falta grande de atención y respeto.* 2. *Tosquedad, falta de finura y primor en el trabajo de manos.* 3. *Rusticidad, ignorancia*».

Siendo así, a más de las consabidas irregularidades probatorias, la sentencia de segunda instancia estableció la premisa fáctica de un contexto sexual creado por EDGARDO ÁVILA GALVIS al exhibir su pene, a partir de uno de los siguientes errores de hecho en la valoración de la prueba:



(i) Un error de raciocinio porque empleó una supuesta e indeterminada máxima de la experiencia según la cual «*siempre o casi siempre*» que un adulto exhibicionista ejecute un «*movimiento de cadera*», cualquiera que este sea porque no se precisa uno en particular, está haciendo una «*insinuación de contenido sexual*». Es evidente que, por la abstracción del supuesto de hecho lejos está ese enunciado de configurar una «regla» que permita explicar -y prever-, con vocación de universalidad, la ocurrencia de un fenómeno cotidiano.

(ii) O, la conclusión judicial obedece a un falso juicio de identidad porque adicionó el contenido del testimonio de Vereine Quintero Soto, cuando atribuyó una caracterización sexual a los movimientos que esta observó en G.R.S. durante la entrevista, que no fue relatada o definida así ni por la entrevistada ni por su interrogadora.

Cualquiera de estos errores sería trascendente porque determino la relevancia típica de un acto exhibicionista; en otras palabras, sin el yerro probatorio la conducta imputada al acusado no tiene la potencialidad de configurar el tipo de *actos sexuales con menor de catorce años*, conforme a la regla jurisprudencial enunciada en el numeral 4.4.3.

4.5.2.3 Por si fuera poco, la valoración probatoria, aun cuando se consideraran las inadmisibles entrevistas de M.Y.T.P., M.C.R.S. y G.R.S., deja muchas dudas sobre la

naturaleza exhibicionista de la conducta del acusado. Este tipo de comportamientos fue definido en la precitada sentencia SP2894-2020 (52024) así:

... el acto o conducta exhibicionista, que es el que interesaría al derecho penal con independencia de si su autor reúne los criterios diagnósticos de una parafilia, tiene una faceta externa que consiste, generalmente, en la sola exposición de órganos genitales ante personas desconocidas. Entonces, salvo que existan manifestaciones objetivas adicionales, es la parte subjetiva o interna del autor la que determina la naturaleza sexual del acto, pues la excitación que este genera obedece a un impulso libidinoso **poco habitual**, es decir, alejado del estándar cultural y social sobre la sexualidad.

El mismo contenido de las aludidas entrevistas inculpativas, conforme a la reproducción que en mayor extensión hizo la sentencia de primera instancia, acreditaría que EDGARDO ÁVILA GALVIS dejó ver su pene a las 3 niñas en el contexto de la acción de orinar: o de manera concomitante o inmediatamente después. Además, algunos pormenores narrados dejan entrever que, posiblemente, el acusado buscó asustarlas, quizás, al percatarse que era observado por ellas mientras orinaba. En este sentido podría entenderse la versión de M.Y.T.P. transcrita por el Juez de Conocimiento:

Es que esta mañana como a las siete y media u ocho, yo salí para el rancho de una amiga de mi mamá que se llama Laura Carrillo que vive en la esquina de mi cuadra, a buscar una mata de toronjil para mi abuelita que tenía gripa, yo entré a la casa y fui hasta el patio que tiene una cerca de alambre y es donde están las matas de toronjil cuando yo estaba buscando las matas **vi que llegó un hombre en una moto roja, como a orinar, porque se sacó el pipí**, entonces yo me fui para el otro lado del patio a esconderme para que no me viera, y él también se dio la vuelta y **cuando me vio se volvió a sacar el pipí**; el solo se desabrochó los pantalones y se sacó el pipí, no se los bajó, **y me dijo que yo era una ladrona y yo le dije que por qué me decía eso si yo**

**estaba en un lote que estábamos cuidando**, entonces yo comencé a llamar a mi hermana Nayelys y a mi mamá desde el lote, entonces salió mi hermana y mi mamá y entonces mi mamá me preguntó que qué pasaba y les conté que el señor me estaba mostrando el pipí ...

Agréguese que M.Y.T.P., M.C.R.S. y G.R.S. declararon en juicio que solo vieron orinar al acusado, manifestación esta que a pesar de negar la ocurrencia del acto exhibicionista, no constituiría una absoluta retractación porque mantiene la tesis del escenario fisiológico en que aquél se habría desarrollado. Y que, Luis Emel Badillo Ortega rindió testimonio explicando que EDGARDO ÁVILA GALVIS iba por la calle empujando una motocicleta apagada y se le acercó a pedirle permiso para ingresar a su predio a orinar, el cual le concedió. Esta circunstancia previa parece excluir la preparación del acto exhibicionista o que, por lo menos, se tuviera asegurado un auditorio infantil para el mismo.

Por último, recuérdese que Marisel Saavedra Jiménez, madre de M.C.R.S. y G.R.S., y los policías Juan Alexis Alviades Blanco y Flavio Omero Mora Rosero, que capturaron a EDGARDO ÁVILA GALVIS, no presenciaron la conducta -supuestamente- exhibicionista y solo la conocieron por el relato de las niñas, sin que este contenido se ingresara válidamente como prueba de referencia. A la primera, entonces, sólo le consta -de manera personal y directa-, al margen de que en juicio negó cualquier sindicación, el alboroto que hicieron sus hijas después de ver al acusado; mientras a los segundos, que al llegar al lugar algunos miembros de la comunidad retenían a quien capturaron.

En fin, la actividad probatoria aun cuando, en gracia de discusión, incluyera aquella que se ha identificado como irregular en varios pasajes, si bien puede afirmar una hipótesis de responsabilidad -acto exhibicionista explícitamente sexual-, no excluye otras como el descuido del procesado al miccionar o una intención distinta a la libidinosa -la de asustar o amedrentar, p. ej.-. Así pues, en el proceso no se demostró la inocencia de aquél sino que la Fiscalía no introdujo, legalmente, las pruebas que, quizás, acreditaban su responsabilidad más allá de dudas razonables.

#### **4.5.3 Conclusión general.**

Las razones expresadas desvirtúan las alegaciones de las delegadas de la Fiscalía y la Procuraduría, y permiten estimar la pretensión casacional del demandante, aunque con algunos fundamentos distintos a los que este presentó en la sustentación del recurso extraordinario.

En consecuencia, por sendos errores en la valoración probatoria, especialmente falsos juicios de legalidad, y también por la aplicación indebida del artículo 209 del C.P.; se casará la sentencia de segunda instancia que condenó a EDGARDO ÁVILA GALVIS por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, la que se sustituirá por una de carácter absolutorio.

#### **4.5.4 Otras medidas.**

Como quiera que EDGARDO ÁVILA GALVIS se encuentra cumpliendo medida de aseguramiento de detención preventiva en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Aguachica-Cesar, se dispondrá su libertad inmediata e incondicional por cuenta de este proceso.

De igual manera, se ordenará al Juez de primera instancia que proceda a cancelar las medidas cautelares personales y reales impuestas al acusado en el presente asunto, así como los registros y anotaciones que este mismo haya originado.

En mérito de lo expuesto, **la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley,

## **5. RESUELVE**

Primero: **Casar** la sentencia de segunda instancia y, en consecuencia, **absolver** a EDGARDO ÁVILA GALVIS por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

Segundo: **Ordenar** la libertad inmediata e incondicional de EDGARDO ÁVILA GALVIS, por cuenta exclusiva de este proceso.

Tercero: **Ordenar** al Juez de Conocimiento que proceda a cancelar las medidas cautelares reales y personales impuestas al acusado en la presente actuación, así como los registros y anotaciones que se hayan originado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.



**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**



**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA**



**GERSON CHAVERRA CASTRO**

  
**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

~~~~  
**LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**

  
**FABIO OSPITIA GARZÓN**

**Excusa justificada**

**EYDER PATIÑO CABRERA**



**HUGO QUINTERO BERNATE**

**Nubia Yolanda Nova García**  
**Secretaria**

Sala Casación Penal@2020