

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

EFFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES - Aplicación de los Instrumentos Internacionales en conjunto con la Constitución y el Ordenamiento Jurídico Interno.

PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y PRINCIPIO “PRO INFANS” - En toda actuación legal o administrativa al igual que en la penal, se debe buscar el bienestar integral del menor.

DERECHOS ESPECIALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS, INTERSECCIONALIDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO – Constituyen herramientas de hermenéutica jurídica que deben ser observadas al adelantar un proceso en el que las víctimas son menores de edad, tanto por quienes intervienen en la etapa de investigación como en la de juzgamiento.

DERECHOS ESPECIALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS, INTERSECCIONALIDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO – Deber constitucional de administrar justicia aplicando estos enfoques.

DERECHOS ESPECIALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – DEBERES NEGATIVOS DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES EN LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO: El ordenamiento jurídico exige analizar el contexto de la víctima, eliminando prejuicios y absteniéndose de realizar actos de discriminación.

DERECHOS ESPECIALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES - PRUEBAS EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL: El consentimiento no debe inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima, cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

ACOSO SEXUAL – Elementos.

ACOSO SEXUAL, ACTO SEXUAL E INJURIA POR VÍAS DE HECHO – Características.

DUDA PROBATORIA - Debe tener unas bases objetivas demostradas en el juicio y deben brindarse las explicaciones por las cuáles se toma la decisión de absolver.

IN DUBIO PRO REO – El grado de certeza lo excluye de plano.

No obstante la constatación de una serie de irregularidades en el procedimiento seguido por el funcionario judicial en la audiencia de Juicio Oral, algunas de las cuales incluso llegaron a afectar el derecho a la dignidad de las menores, al realizar cuestionamientos respecto de su comportamiento y actos de discriminación, en aplicación de moduladores y principios que se armonizan con el interés superior del menor para evitar a las víctimas una nueva comparecencia a juicio y por ende su re victimización, no hay lugar a una declaratoria de nulidad, siendo procedente adoptar una decisión de fondo conforme la valoración en conjunto de la prueba recaudada y los principios que deben guiar la interpretación en los casos de menores de edad, mujeres en estado de vulnerabilidad, víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, estableciéndose que ofrece la certeza relativa de índole racional que se requiere frente a la ocurrencia del ilícito y la responsabilidad penal del procesado; en tanto las declaraciones de las menores y su comparación con otros medios probatorios, hacen arribar al convencimiento de que el acusado si cometió el delito de acoso sexual, el cual se consolidó en los verbos rectores de

acoso, hostigamiento y asedio verbal y físico, que existió persistencia en dichas acciones, las cuales ocasionaron mortificación en las menores, presentándose una relación de asimetría por la edad de los involucrados, además de la comprobación de los fines sexuales pretendidos por el agresor y la carencia de consentimiento de las infantes por su falta de capacidad para decidir sobre su sexualidad; procediendo por tanto la revocatoria del fallo absolutorio proferido y la consecuente condena.

SALVAMENTO DE VOTO: DR FRANCO SOLARTE PORTILLA.

| | |
|----------------------------|------------------------------------------|
| Magistrada Ponente: | Blanca Lidia Arellano Moreno |
| Asunto: | Apelación sentencia absolutoria |
| Delitos: | Acoso Sexual agravado |
| Condenado: | LFZP |
| Proceso No: | 520016000485 2016 04059 01 N.I. 18251 |
| Aprobación: | Acta N° 30 del 29 de julio de 2019 |

San Juan de Pasto, dos (02) de agosto de dos mil diecinueve
(2019)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto¹ y sustentado por la abogada representante de víctimas, contra la sentencia proferida el día 21 de febrero de 2019, por medio de la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto absolvió al señor LFZP, por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO.

1. LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Conforme a lo presentado en la audiencia de Juicio Oral, se conoce que por un período aproximado de dos semanas el señor

¹ Se anticipa el turno para estudio de segunda instancia teniendo en cuenta que las víctimas son menores de edad, en aplicación de lo exigido en el artículo 193-1 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), y que dada la pena máxima del delito imputado que llega a 54 meses de prisión, la fecha de prescripción opera el 4 de agosto de 2019.

LFZP, abordó a las menores A.V.R.P.² y A.J.O.P.³ de 10 años y 11 meses de edad la primera y 8 años y 3 meses de edad la segunda, ofreciéndoles dinero y elementos como muñecas o tablets, a cambio de que le indiquen o se hagan tocar sus partes íntimas, hasta que el 4 de agosto de 2016, pasado el mediodía, llega a inmediaciones del Colegio ... ubicado en el barrio ... de esta ciudad, del cual eran estudiantes las precitadas y les llama la atención para que se acerquen a la reja que separa el establecimiento educativo de la vía pública como lo había realizado por varios días durante aproximadamente dos semanas y tras hacerles nuevamente el ofrecimiento libidinoso, procede a introducir su mano entre la reja y a tocar los glúteos de las precitadas, hecho del cual se da aviso a una de las docentes, lo que motiva la solicitud de apoyo al personal policivo del CAI del sector, a cuyo llamado acuden los patrulleros Christian Javier Castro Botina y Jeisson Henao Henao, a quienes las menores informan lo ocurrido y señalan al individuo que adelantó tal acción, por lo que ellos proceden a aprehenderlo.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Tras la legalización de la captura del señor ZP, el 5 de agosto de 2016 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con funciones de control de garantías, la Fiscalía procedió a imputarle el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, conforme a lo previsto en los artículos 210 A y 211 numerales 4° y 7° del C.P., teniendo en cuenta que la conducta se realiza respecto de menores de 14 años y dada su situación de vulnerabilidad por su edad de 9 y 10 años.

² Nacida el 8 de septiembre de 2005, según registro civil de nacimiento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias - Fl. 39 de la Carpeta Principal

³ Nacida el 6 de mayo de 2007, según el registro civil de nacimiento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias. Fl. 36 de la Carpeta Principal

En cuanto al verbo rector, se adujo que era el de “*asediar física y verbalmente*”, en lo primero por el tocamiento físico realizado y en lo segundo por la solicitud que se realizaba a las víctimas para que se quiten la ropa.

La anterior imputación no fue aceptada por el precitado, a lo que seguidamente la Fiscalía solicitó la imposición de medidas no privativas de la libertad, lo que fue acogido por la Jueza para ordenar las previstas en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

Prosiguiendo el trámite correspondiente, el ente investigador, presentó escrito de acusación el 3 de octubre de 2016, realizándose la audiencia de formulación de acusación, el 7 de febrero de 2018, y la preparatoria el 25 de julio del mismo año.

En cuanto a la audiencia de Juicio Oral tuvo lugar después de varios aplazamientos, el día 21 de febrero de 2019, fecha en la cual el Juez de conocimiento tras conocer la teoría del caso y pruebas presentadas por la Fiscalía, y escuchar los alegatos conclusivos dictó el sentido de fallo absolutorio e inmediatamente emitió la sentencia que fue apelada por la representación de víctimas.

3. LA SENTENCIA APELADA

El señor Juez de primera instancia, presenta inicialmente una breve reseña de los fácticos según el registro realizado en el escrito de acusación que involucra a dos menores de 10 y 11 años de edad, pasa luego a exhibir los datos que permiten identificar al acusado, realiza enseguida un resumen de los alegatos presentados en juicio por parte de la Fiscalía y la

representante de Víctimas quienes solicitan que se profiera sentencia condenatoria y de la defensa que requiere la absolución. Expone también lo concerniente a la actuación procesal adelantada.

Invocó los artículos 7° y 381 del C.P.P. enfatizando en lo que tales preceptivas exigen para que la Fiscalía como titular de la acción penal exhiba prueba acerca de existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, la que de generar duda propiciará una resolución a favor del procesado, que es lo que sucede en el caso sometido a su análisis, de lo que deviene la sentencia absolutoria.

Prosigue presentando el contenido de la norma penal que tipifica el delito de Acoso Sexual Agravado, esto es el artículo 210 A del C.P., el que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, relaciona una serie de verbos rectores de los que se desprende que los actos deben ser persistentes, reiterativos o significativos en el tiempo y que tengan fines sexuales no consentidos, aunque no necesariamente demanda que ellos ocurran por un lapso prolongado de tiempo.

Igualmente presenta el señor Juez un resumen de la explicación brindada por la Corte para diferenciar los delitos de acceso y acto sexual con el de acoso sexual.

Ahora en lo que corresponde al análisis en concreto que lo lleva a adoptar la decisión a favor del procesado presentó los siguientes fundamentos:

Estableció en primer lugar que la Fiscalía no concretó en su acusación cuáles eran los hechos jurídicamente relevantes puesto que no detalló cuál de los verbos rectores corresponde a

la conducta desplegada por el acusado, esto es, asediar, acosar, perseguir u hostigar a las menores, lo que debe ser parte de tales fácticos como ya lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia y es uno de los pilares del principio de congruencia, pues si no se cumple con uno de estos postulados lógicamente que decae la teoría de la Fiscalía.

En segundo lugar, encuentra el funcionario de primer nivel que las declaraciones rendidas por las menores son contradictorias, ya que por una parte dicen que los hechos ocurrieron en una cancha de fútbol, y que acudieron ante el llamado del señor de quien pensaban que quería agua, pero que éste les ofrece dinero y dádivas a fin de que le indiquen sus partes íntimas, y que estos hechos se repitieron en dos semanas consecutivas, información que no le fue suministrada al perito a quien dijeron que sólo ocurrió en una sola oportunidad, persona que al comparecer al juicio explicó que las menores eran coherentes y que se mostraban colaboradoras, a la vez que determinó que no presentaron traumas.

Analiza también el testimonio de la segunda de las menores declarante, de quien aduce fue mucho más baja en sus dichos, pero menciona que nunca observó que el agresor haya exhibido sus genitales, al contrario de la primera de las menores que dijo que sí, para enseguida meter la mano y tocarle la cola. La testigo no logró explicar qué es “rosar”.

Igualmente considera el *A quo* que las menores no dieron mayor claridad ante la pregunta del despacho de que si ya tenían conocimiento de que el acusado les hacía este tipo de solicitudes, por qué razón acudían a sus llamados, ante lo cual no se supo dar una explicación razonable.

Finalmente analiza la declaración del policial quien manifiesta que a través del radio se le pidió que acudiera a la escuela del barrio ... en donde se estaba presentando un caso y sin embargo al llegar al lugar sólo encontró una aglomeración de menores de edad, recordando el nombre del procesado, más no el de las víctimas quienes le informaron las características de un sujeto que les había tocado la cola, además de que informa que no se encontraba ninguna persona mayor de edad pese a que las menores en sus relatos dijeron haberle dicho a la profesora.

No se determina además que se esté ante la comisión de un delito de acoso sexual, ya que la Corte ha sido muy clara en establecer que uno de sus elementos es que existan situaciones de superioridad en las que debe haber subordinación, elemento que no se presenta en el caso porque las menores no se encontraban en estado de desprotección ante el procesado, dada la existencia de una reja y así una distancia que los separaba, por lo cual no podía el procesado ejercer una función de superioridad.

En consecuencia, al presentarse dudas en cuanto a la existencia del delito el Juez de primer nivel resuelve a favor del procesado y profiere sentencia absolutoria.

4. LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La representación de víctimas, como única parte apelante, hace una exposición inicial a través de la cual resume los fácticos, al igual que presenta la actuación procesal, incluyendo lo ocurrido en la audiencia de Juicio Oral relacionando la prueba practicada consistente en los testimonios del perito psiquiatra Forense

Álvaro Fernando Jurado (Sic⁴), de las menores víctimas y del patrullero Christian Javier Castro Botina. Finalmente indicó los fundamentos principales de la sentencia apelada.

En cuanto a los motivos de disenso que la llevan a apelar la sentencia expone los siguientes:

En el caso objeto de estudio se debe tener en cuenta la condición de las víctimas de doble connotación, debido a que se trata de menores de edad, a quienes cobija la protección especial bajo el principio del interés superior del niño, y de igual forma se trata de mujeres, grupo poblacional que ha sido sometido históricamente a una constante discriminación por parte de la figura patriarcal masculina; por lo cual merecen un trato diferencial tal como lo ordena la Constitución Nacional en su artículo 44, al igual que las leyes 1257 de 2008 y 1098 de 2006.

Bajo el anterior contexto la representante de víctimas, analiza la decisión del *A quo* en lo que califica como inconsistencias surgidas en el juicio oral, en las versiones de las víctimas, ante lo cual resulta pertinente avizorar que para la fecha en que acaecieron los hechos (4 de agosto de 2016) las víctimas tenían 10 y 11 años de edad, y hasta la data del juicio habían transcurrido dos años y medio, no obstante la dificultad para recordar dichos sucesos, ellas fueron interrogadas frente a las partes e intervinientes, determinando que la primer testigo A.J.O.P. tuvo mayor espontaneidad y elocuencia al ser interrogada, y afirmó que el victimario permaneció por dos semanas tras las rejas del colegio, proponiéndoles que a cambio de ver sus partes íntimas, les recompensaría con diferentes

⁴ Registra error en el nombre cuando el testigo fue identificado en la audiencia de Juicio Oral, con el nombre de FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, según record 00:15:39 de la jornada de la mañana de fecha 21 de febrero de 2010.

dádivas, asimismo el victimario se bajó los pantalones y les mostró sus genitales.

Ahora bien, en lo que concierne a la segunda testigo, la víctima A.V.R.P., discrepa con el análisis del señor Juez, toda vez que lo que se determinó en juicio es que la ella no recuerda que el victimario haya “*raspado*” la cola y que dicho suceso haya ocurrido en varias oportunidades, del mismo modo, manifestó que no recuerda si realmente el victimario exhibió sus genitales.

Entonces las disconformidades surgidas del testimonio de las víctimas se explican en que su relato fue realizado de manera espontánea, sin haber mediado ningún tipo de acuerdo previo respecto a lo que dirían en juicio oral, es decir que comunicaron aquello que su mente rememoró y que por lo íntimo del tema, el transcurso del tiempo, la vergüenza, su edad y la personalidad más extrovertida de A.J.O.P. en contraste a la timidez de A.V.R.P., pudo haber desencadenado estas disconformidades.

Empero lo anterior, de lo que no cabe duda, es el hecho de que el victimario sí permaneció durante un lapso de tiempo *acechando y hostigando* a las dos víctimas, ofreciéndoles regalos en contraprestación de que le enseñaran sus partes íntimas y que aunado a ello les tocó la parte trasera del cuerpo a ambas por encima de la ropa interior; pudiéndose concluir y mantener la postura de que el núcleo fáctico, que fundamentó la materialidad del punible de Acoso Sexual Agravado, se mantuvo incólume.

Resaltó que era menester tener en cuenta que el bien jurídico tutelado en el delito en mención, es decir la libertad, integridad y formación sexual, puede verse afectado con un solo acto, roce físico o manifestación; dicho esto, señaló que, si sucedió o no

aquello del roce, tocamiento de los glúteos o si realmente el victimario les enseñó sus zonas genitales, no desdibujaría la materialidad del punible, como así lo explica la Corte Suprema de Justicia (En adelante CSJ), en la sentencia 86287 del día 30 de junio de 2016, ya que el acoso sexual no es un delito de resultado pues refiere que “no debe superar las ropas para hacer el tocamiento” como sucede en el presente asunto en el que el victimario solo realizó un roce de los glúteos por encima de la licra que utilizan las niñas debajo del uniforme.

Indicó que el fallo de primera instancia resaltó la disparidad entre lo informado por el psiquiatra forense Álvaro Jurado y lo manifestado por las víctimas en juicio, en cuanto a la persistencia (factor de tiempo) del acosador, como quiera que al perito no le dijeron que el victimario estuvo durante un período tras las rejas del colegio acechándolas. Contrario a lo decidido en el fallo de la primera línea la Corte en sentencia SP107-2018 radicado No. 49799 Mg Ponente Fernando León Bolaños, ha dicho que no se requiere permanencia en el tiempo, sino la persistencia del sujeto activo.

Dicho lo anterior, la representante de víctimas enfatizó en el estudio realizado por el psiquiatra a las menores, concluyendo que de acuerdo a su conocimiento las mismas son coherentes, y consistentes, no tienen una fantasía desbordada, ni ideas delirantes. Consecuencia de ello es que los relatos son creíbles.

Igualmente, trae a colación acerca de la evaluación de los testimonios de los niños víctimas de delitos sexuales, estudios como el que realiza Vásquez 2004 en su obra ABUSO SEXUAL EN NIÑOS. HAMPI RUNA, 163-170 y lo expresado por la CJS, Sala de Casación Penal en sentencia SP8611-2014 Mg Ponente José Leonidas Bustos Martínez.

Así, las declaraciones vertidas en juicio por las víctimas gozan de credibilidad y se les debe dar el debido valor probatorio, no solo porque las inconsistencias advertidas por el fallador no son de tal contundencia que generen grave incertidumbre en la construcción de la verdad procesal, sino porque no se develó algún motivo por el cual las mismas pudieran idear una historia carente de verdad perjudicando a un completo desconocido como lo es el victimario LFZ.

Por otro lado, consideró que, en lo concerniente a lo alegado en el fallo de primera instancia respecto a la ausencia de subordinación de las víctimas frente al agresor, en el entendido de que el punible exige esta condición, contrario sensu no se tipificaría la conducta en la descripción, resaltó lo establecido en la sentencia SP107 (49799) del 7 de febrero de 2018 Mg ponente León Bolaños Palacios.

Ahora bien, para el caso en concreto se pone de presente que el victimario tenía 74 años de edad y las víctimas tenían 10 y 11 años de edad, lo que pone en evidencia que la edad fue un factor determinante en los fácticos, pues llama la atención como las niñas se acercaron al sujeto que venía hostigándolas, y que a pesar de que no lo conocían tal vez querían saber si deseaba agua, tal como lo manifestó A.J.O.P. lo que denota cierto respeto por la persona “vieja” como fue denominado por las víctimas, aunado a la asimetría de género que ha existido desde siempre por los roles de poder ejercidos por los hombres en la sociedad, se demuestra que en el caso existió la mentada subordinación; misma que no se desvirtúa como lo entiende el Juez de primera línea, con la existencia de las rejas que separaba a las víctimas del victimario, toda vez que nada impidió

a que el procesado asediara a las víctimas y alcanzara a rozar sus glúteos como se expresó en su momento.

Resaltó la situación socio-económica de las víctimas, su escasa edad, ubicada en un plano de desigualdad de la cual se valió el victimario, para hostigarlas, perseguirlas y ofrecerles dádivas en contraprestación a favores sexuales, este último aspecto demostrativo del componente subjetivo del interés sexual establecido en la descripción del delito.

De igual forma precisó que respecto a la falla de la Fiscalía en determinar en qué verbos rectores del acoso sexual recae la conducta del victimario, había que retrotraerse a los alegatos del ente acusador donde señaló que se le atribuían las conductas consagradas en el delito, esto es, acose, persiga, hostigue o asedie; de los precitados verbos manifestó que tienen como fin denotar la persistencia, mas no hay una mayor diferencia entre los mismos.

En lo atinente al patrullero Cristian Javier Castro, testigo del ente acusador, quien fuere el último en rendir testimonio, que para el Juzgado de primer nivel no encontró asidero, por el contrario fue relevante, toda vez que corroboró la angustia que padecieron las víctimas por la conducta del sujeto activo, lo cual puso de presente cuando le contaron lo sucedido a la profesora, sus respectivas madres y se decide llamar a la autoridad policiva, misma que procedió a capturar a ZP, posterior al reconocimiento efectuado por las víctimas respecto a que era el sujeto que había estado acosándolas y que alcanzó a tocar sus glúteos. Destacó que el procedimiento policial respecto a la captura fue en flagrancia, debidamente legalizado ante el Juez de Control de Garantías, razón por la cual generar controversia de ello en etapa de juicio no guarda una relación lógica.

Ante tal panorama, la representante de víctimas concluye lo siguiente:

1. Que las omisiones, inconsistencias o confusiones en que pudieron incurrir las menores durante el juicio, no afectaron el núcleo fáctico, que sus versiones son creíbles, además tampoco se develó motivación alguna para confabularse contra una persona desconocida. Sus versiones articuladas con lo dicho por el perito Álvaro Jurado quien concluyó que las niñas eran coherentes, consientes y su relato era lógico, reafirman su confiabilidad y poder suasorio.

2. En igual sentido lo aseverado por el agente de Policía Cristian Javier Castro, que resulta pertinente para demostrar la teoría del caso de la fiscalía, ya que el testigo llegó pocos minutos después de la ocurrencia del delito, pudo ver a las víctimas quienes le manifestaron que un sujeto, del cual describieron su fisionomía, las había tocado y les mostró sus genitales, por lo cual el agresor fue capturado y reconocido por las víctimas.

3. El procesado ha evadido a la justicia, dado que se desconoce su ubicación y no se ha presentado ante las autoridades a pesar de que conocía la existencia del proceso en su contra, indicio que deberá tenerse en cuenta en contra del mencionado.

4. De las pruebas arrojadas al juicio se puede colegir que se cumple a cabalidad con lo descrito en la conducta punible de Acoso Sexual consagrado en el artículo 210 A del C.P., toda vez que:

-El sujeto activo era una persona mayor que ejerce subordinación frente a las afectadas.

-Las víctimas son unas niñas de escasos recursos y tímidas, en estado de debilidad.

-El sujeto activo las ACOSÓ, PERSIGUIÓ, HOSTIGÓ Y ASEDIO.

-Los fines del victimario eran de carácter sexual.

-La conducta les ocasionó molestia, intimidación, temor como ellas mismas lo expresaron en el juicio.

-Con su obrar el enjuiciado no alcanzó a superar las prendas de la víctima, pues de lo contrario estaríamos frente a un reato de mayor gravedad.

En consecuencia, solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se profiera sentencia condenatoria en contra del acusado por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

Esta Corporación, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la representación de víctimas en contra de la decisión emitida el día 21 de febrero de 2019, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1° de la Ley 906 de 2004.

5.2. PROBLEMAS JURÍDICOS

Conforme a los cuestionamientos formulados por la parte apelante, la Sala verificará si la prueba allegada al juicio, permite adquirir el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y la responsabilidad penal del señor LFZP para proferir en su contra sentencia condenatoria.

Para resolver, la Sala revisará los siguientes aspectos: i) Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes (NNA) víctimas de delitos, Interseccionalidad y Perspectiva de Género; ii) Características de los delitos de Acoso Sexual, Acto Sexual e Injuria por vías de hecho; iii) Análisis de la Valoración adelantada por el Juez de conocimiento y; iv) Duda probatoria.

5.3. ESTUDIO DEL CASO

El abordaje que debe realizar la Sala desde la normativa procesal aplicable se centra en lo exigido en los artículos 7° y 381 de la Ley 906 de 2004, que indican que para proferir sentencia condenatoria debe existir convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, con base en las pruebas debatidas en el juicio, agregando a la última de las normas, que tal decisión no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Atendiendo a estas preceptivas el Juez de primera instancia realizó un análisis a través del cual arribó a la conclusión de que la prueba que le fue presentada en juicio generaba una duda en cuanto a la existencia o materialidad del delito de Acoso Sexual y expuso varios argumentos sobre los cuales la parte apelante requiere su revisión en segunda instancia.

Sin embargo, antes de proceder a analizar cada uno de los puntos que llevaron al *A quo* a adoptar una decisión favorable para el acusado LFZP en contraposición a los reparos formulados por la parte apelante, encuentra la Sala una serie de irregularidades sobre las cuales se hace necesario llamar la atención, por lo que presentaremos diferentes tópicos que

paulatinamente se irán relacionando con lo ocurrido en la Audiencia de Juicio Oral, conforme se indicó al formular el problema jurídico.

Ahora bien, aunque se presenten como irregularidades ello no impedirá que se adopte una decisión de fondo, ya que pese a los diferentes obstáculos que enseguida se pondrán de relieve, de la prueba recaudada afloran suficientes elementos que aportan el conocimiento necesario para avanzar hasta determinar si se confirma o no lo resuelto en primera instancia, pues se encuentra claramente establecido que una declaratoria de nulidad solo podría sobrevenir como solución procesal extrema, que cede ante la aplicación de aquellos moduladores y principios fijados en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, que se armonizan con el interés superior del menor para evitar a las víctimas A.J.O.P. y A.V.R.P. una nueva comparecencia a juicio y por ende su revictimización, situaciones que se deben proscribir de la actuación judicial.

Realizada esta precisión, procede la Sala enseguida a exponer los diferentes puntos relacionados en la formulación del problema jurídico.

i) Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes (NNA) víctimas de delitos, Interseccionalidad y Perspectiva de Género.

Desde el artículo 13 de la Carta Política, se enfatiza en varias condiciones que al ser ostentadas por determinados grupos poblacionales exigen un trato diferenciado a fin de consolidar a su favor la oportunidad de ejercer el derecho a la igualdad desde el enfoque material y no simplemente formal.

Uno de los factores a que alude el precepto constitucional enunciado, tiene que ver con la discriminación, el cual debe ser eliminado a través de diferentes acciones por parte del Estado y sus agentes, conforme a su función, como así lo ha realizado la Corte Constitucional, al incluir en su línea jurisprudencial el criterio interseccional como una herramienta de hermenéutica jurídica, aplicable precisamente a situaciones de violencia de tipo sexual como la que se ha ventilado en el presente caso, el cual es explicado entre otras de sus decisiones en el fallo T-448 de 2018 y que en los apartes relevantes para nuestro estudio, enuncia:

“Las víctimas de violencia sexual resultan expuestas a un mayor grado de vulnerabilidad y de afectación de sus garantías constitucionales y legales cuando se enfrentan a múltiples factores de discriminación simultáneamente. Ante la colisión de diversos componentes de desigualdad se ha implementado el concepto de interseccionalidad, el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos⁵. Concepto que se ha ido desarrollando en los casos de violencia cometidos contra la mujer, respecto de las cuales por su género, per se están expuesta (sic) a factores estructurales de desequilibrio en la sociedad.

(...)

Igualmente, la Corte Constitucional ha reconocido que la convergencia de factores estructurales de vulnerabilidad repercute en la generación de riesgos adicionales contra la mujer, de tal manera que la combinación de los mismos crea “una situación de naturaleza concreta con cargas de discriminación mayores por la confluencia de los factores”⁶. En consecuencia, ante la “interseccionalidad, los Estados están obligados a adoptar medidas diferentes para los distintos grupos poblacionales de mujeres discriminadas.”⁷ Se trata, en consecuencia, de mujeres expuestas a más de un factor de discriminación como, por ejemplo, su edad, en el caso de las

⁵Werneck,2007.

<http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/4.%20Interseccionalidad%20y%20violencia%20de%20g%C3%A9nero.pdf>

⁶ Sentencia C-754 de 2015.

⁷ Sentencia C-754 de 2015.

niñas o adultas mayores; su situación financiera, cuando tienen escasos recursos económicos; su situación de salud física o psicológica, como sucede en el caso de quienes se encuentran en estado de discapacidad; su orientación sexual; su condición de víctimas de violencia o del conflicto armado, de desplazamiento forzado, de refugiadas; de migrantes; de mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas; de quienes se encuentran en condición de indigencia, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas; las mujeres indígenas, afro descendientes o miembros de población Rrom; las mujeres en estado de embarazo, cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar, entre otros”.

Acogiendo este criterio, encuentra la Sala que para las víctimas del presente caso confluyen al menos dos factores de vulnerabilidad que exigían del señor Juez de conocimiento atención especial no solo por la condición etaria a la fecha de los hechos que las ubica en la fase de la niñez, sino además por su condición de mujeres, los que de manera muy acertada puso de relieve su representante judicial.

Adicionalmente la apelante hace referencia al factor económico como otra situación de vulnerabilidad relacionada con el sector en el que residían las menores y la modestia de sus familias, sin embargo, al respecto no se aportó en juicio prueba de respaldo, razón por la cual no se incluirán estos aspectos como elementos de análisis.

Y no solo era necesario que el Juez *A quo* reconociera las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas sino dar aplicación a los principios “*pro infans*” y el “*interés superior*” de los niños y niñas que exigen velar por su bienestar, y que encuentran su reconocimiento en nuestra Carta Política cuando impone en su artículo 44 la prevalencia de los derechos de los niños, ante el hallazgo de tensiones que confronten estos con los de otros intereses procesales.

Recordemos que el Interés Superior del niño, es un principio universal que se consagra por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 que trata sobre derechos del niño, y posteriormente se reproduce en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24) y la CIDN.

Y para acercarnos a una definición del principio aludido, resulta pertinente citar la conclusión a la que llegó el doctrinante Miguel Cillero Bruñol en su escrito *“El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño”*, así:

“De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”⁸.

⁸ BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño. Disponible en <http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/miguel-cillero-brunol.pdf>

Al principio del interés superior del niño se une de manera indefectible aquel que impone que en toda actuación legal o administrativa al igual que la penal, se busque su bienestar el cual debe ser integral. Y así lo expone la misma CIDN en el artículo 3° que exige *“asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar”* y que *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

A tono con estos instrumentos internacionales y los principios constitucionales encontramos en la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia (en adelante CIA), varias normas que se constituyen en herramientas indispensables a la hora de adelantar un proceso en el que las víctimas son menores de edad, y que no son optativas sino imperativas en cuanto a su aplicación, y no solo para quienes intervienen en las etapas de investigación sino también en la de juzgamiento que incluye como el que más y como garante de sus derechos al Juez de conocimiento que para nuestro caso se encuentra en cabeza del Señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto.

Iniciemos por citar el artículo 12 del CIA que fija como uno de sus principios a la hora de aplicar dicho estatuto, el de PERSPECTIVA DE GÉNERO, que es enunciado en los siguientes términos:

“Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos

los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad”.

Más adelante encontramos el artículo 192 que establece los derechos especiales de los NNA víctimas de delitos, en los siguientes términos:

“En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley”.

Seguidamente el artículo 193 fija los criterios a tener en cuenta en el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los NNA víctimas de los delitos, para cualquier “*autoridad judicial*” que incluye por su puesto como lo hemos resaltado a quien como en este caso es el juzgador, y que indica entre otros los siguientes:

(...)

2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.

(...)

7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.

(...)

12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada

o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.

13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones”.

A su vez, el artículo 194, sobre el manejo de la audiencia en los procesos penales, exige:

“En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente”.

El artículo 195, enuncia, en cuanto a las facultades del defensor de familia en los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un NNA, *“podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes”.*

Igualmente, se encuentran aspectos atentatorios del sistema jurídico que busca erradicar la violencia contra la mujer, que a nivel interno se ve representado por leyes como la 1257 de 2008 y la 1761 de 2015, y en el plano internacional, con instrumentos que hacen parte del concepto de Bloque de Constitucionalidad, por un lado la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (En adelante Cedaw)*, que fue aprobada por la 51 de 1981, mediante la cual los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en

todas sus formas y conviene en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar tal discriminación; y por otro lado la *Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Pará"*, que fue adoptada en Colombia, con la Ley 248 de 1995, a través de la cual se define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado.

En específico, la Convención, en su artículo 2º, establece:

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

(...)

b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, ...”

Igualmente, la Convención, reconoce varios derechos de las mujeres a través de su artículo 3º, entre otros los fijados en los literales b) y e) que exigen el respeto por su integridad física, psíquica y moral y la dignidad inherente a su persona.

La anterior enunciación legislativa podría en un momento dado parecer redundante cuando día a día, los diferentes actores y sectores de nuestra sociedad luchan por la defensa de los derechos de los NNA y las mujeres, sin embargo encuentra la Sala al constatar la actuación adelantada a lo largo de la audiencia de Juicio Oral, situaciones que degeneraron en la afectación de los derechos de las menores víctimas, que nos exige recordarle al señor Juez de conocimiento estas preceptivas

para que en adelante se preocupe por mejorar en su formación como así lo exige la Corte Constitucional en el Auto 733 de 2017 y la sentencia de tutela T 388 de 2018 y que han llevado a la Rama Judicial a adelantar varias jornadas de capacitación a nivel nacional en lo que a Perspectiva de Género se refiere.

Adicionalmente a las exigencias legales que presenta la Sala debemos adicionar el criterio de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia T – 458 de 2007, que ahora nos permitimos ampliar en varios de sus apartes.

En dicho fallo se hace un recuento jurisprudencial en sede de tutela y de Casación Penal, evidenciando una tendencia creciente a la protección de la dignidad e intimidad, en general de las víctimas de delitos sexuales dentro del proceso penal, independientemente del sexo o la edad, estableciendo los siguientes derechos a su favor:

- 1) *El derecho a que se garantice su acceso a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación;*
- 2) *El derecho a expresar sus opiniones y preocupaciones y a ser escuchadas, y a que se les comuniquen todas las decisiones que puedan afectar sus derechos;*
- 3) *El derecho a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas, etc.;*
- 4) *El derecho a ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación;*
- 5) *El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima;*
- 6) *El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en su vida íntima.*

- 7) *El derecho a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad;*
- 8) *El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen;*
- 9) *El derecho a que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia.*

Más adelante, se agregó:

“Ahora bien, la Corte Constitucional en casos en donde ha estudiado delitos de abuso sexual, ha considerado que si bien los hechos no ocurren en escenarios de conflictos armados, es pertinente la alusión a las normas de derecho penal internacional en la medida en que ellas ilustran la trascendencia del tema.”⁹

En efecto, algunos instrumentos internacionales de los que Colombia hace parte, han abordado el tema de la protección de las víctimas de violencia sexual dentro del proceso penal han reconocido la obligación de las autoridades de darles un trato digno y respetuoso y de adoptar medidas para reducir los riesgos de la doble victimización que pueda ocasionarse en la práctica de pruebas o de otras diligencias judiciales o en el manejo de la información, sobre los hechos del proceso y la identidad de las víctimas.

Así, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional¹⁰ se establecen expresamente los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses. Igualmente, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002, indican pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual:

⁹ T-554-03 M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

¹⁰ Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)" Revisado mediante sentencia C-228 de 2002, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

“Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:

a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;

b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;

c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;

d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.”

Y en relación a las personas que ostentan una condición doble de vulnerabilidad al ser menores de edad y víctimas de delitos sexuales, la Corte explica lo siguiente en el mentado fallo T-458 de 2007:

“La Sala considera que si bien, en principio, el juez goza de un margen de discrecionalidad para valorar las pruebas, en tanto que supremo director del proceso, no obstante, en los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, esta facultad legal se encuentra limitada por el interés superior del menor, lo cual conduce a que el funcionario judicial no interprete a su arbitrio una prueba que termine afectando los derechos de una menor

(...)

d. Deberes negativos de las autoridades judiciales en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Pruebas que deben excluirse

Recuerda la Corte, que las autoridades judiciales que intervienen en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la

obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos.¹¹

(...)”

El estudio que realiza la Corte en el caso, proporciona además aspectos que sirven de ejemplo de valoraciones subjetivas que el juzgador debe excluir, cuando encuentra expresiones como las siguientes:

“En efecto, a folio 24 de la sentencia objeto de tutela, el fallo sostuvo:

... “al estar la menor presuntamente agredida bajo su cuidado y no es lo propio dejar que un hijo esté a esas horas de la noche fuera de casa, como es que si su hija sólo toma media copa de champaña en navidad, luego diga que le sirvieron ron y no supiera tomarlo con CoCa Cola, es que solo, sí lo sabe tomar”.

Y a folio 25 igualmente se dijo:

... “... y como para el derecho penal y la judicatura no le es dado perseguir conductas inmorales como se duelen las señoras XXX y XXX, que no sean típicas, tampoco le es permitido reprochar actos que han sido permitidos por la víctima e indirectamente por el exceso de confianza y libertad que dan a sus hijas”.

Estima la Corte que tales expresiones vulneran gravemente la Constitución y en tanto cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria o profiera frases o expresiones lesivas de la conducta de los menores, lesiona la dignidad del afectado.

El interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud frente las víctimas de delitos sexuales especialmente en el caso de menores,

¹¹ Sentencia T-554 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

absteniéndose de cualquier comentario suyo o de sus descendientes ajeno a lo sustancial en el debate.¹²

Además de lo anterior, se recuerda que las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra juicios, valoraciones y pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurrió en este caso, al referirse la juez al comportamiento social de la menor antes del hecho investigado y a la conducta de la madre, que no es sujeto procesal, en torno a la educación que le dio a su hija. Tales circunstancias son constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión.¹³

Presentado el anterior contexto legal y jurisprudencial en lo que atañe a los derechos de los y las NNA, las mujeres y las víctimas de delitos sexuales, la Sala pasa a constatar aquellas actuaciones y omisiones o falencias en cuanto al procedimiento seguido en la audiencia de Juicio Oral:

El escenario que organizó el señor Juez fue totalmente intimidante, al no utilizar una cámara Gesell, y permitir que las testigos víctimas estuviesen separadas tan solo por el espacio que ocupa un escritorio del abogado defensor quien objetaba las preguntas con visualización total y directa por parte de las menores, lo cual disminuía la capacidad de concentración, como así se evidencia, sobretodo en la menor A.V.R.P. quien repetidamente volteaba su rostro hacia el lugar en el que se ubicaba el abogado defensor, aún si él no intervenía.

En cuanto a lo que estipula el artículo 194 del CIA, cuando se exige que el NNA se encuentre acompañado de un profesional especializado para que adecue las preguntas a un lenguaje comprensible a su edad, debe aplicarse tal preceptiva desde el

¹² Sentencia T-408 de 1995 M.P. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz

¹³ Corte Constitucional, Sentencias SU-159 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, SV conjunto Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y SU-1159 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, SV conjunto Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis.

punto de vista material y no simplemente formal, entendiéndose además que si bien la norma hace referencia a que ello es aplicable para la realización del interrogatorio y contrainterrogatorio, no significa que se deba excluir cualquier otra pregunta que se formule en la dinámica propia del Juicio Oral, además porque en concordancia con el artículo 193 del CIA, los criterios que en dicho código se fijan, deben ser acatados por cualquier autoridad judicial.

Alejándose de estas preceptivas, el señor Juez, realizó las preguntas de manera directa sin acudir al psicólogo JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA quien acompañaba a la menor A.J.O.P., y contaba con experiencia en el manejo de este tipo de cuestionarios por encontrarse adscrito a la Unidad Caivas de Pasto, situación que impidió al profesional para que adaptara las preguntas del señor Juez a un lenguaje comprensible para la menor.

Sorprende esta actitud del juzgador, cuando se denota que ostenta un conocimiento sobre la exigencia legal, pues al momento en que adelantaría el contrainterrogatorio el señor defensor le aclaró para que elaborara el cuestionario por escrito, a fin de que sea trasladado al psicólogo, con lo cual se busca la evaluación de las preguntas y la adaptación de las mismas para que sea este profesional el que las exponga a la víctima menor de edad¹⁴.

Para que se comprenda lo antedicho, y por la trascendencia del interrogatorio en la decisión absolutoria del juez, la Sala pasa a

¹⁴ Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AJOP. Minuto 00:15:49 y ss

presentar el contenido del mismo, respecto de la menor A.J.O.P.¹⁵:

JUEZ: *“El despacho quiere que le aclare un punto que no es muy claro. Usted dice que durante dos semanas él las llamaba para decirles que les, que le muestre sus partes íntimas, ¿Verdad?. Conteste”.*

A.J.O.P.: *“si el cuando estábamos jugando él siempre ...”*

JUEZ: *“Solo SI o NO”*

A.J.O.P.: *“Sssi ...”*

JUEZ: *“Usted dice que ya lo conocía”*

A.J.O.P.: *“Sĩ”*

JUEZ: *“Si eso era así y si ustedes sabían que las llamaba para hacerles ese tipo de exigencias, ¿por qué razón acudían?”.*

A.J.O.P.: *“Porque la primera semana pensábamos que el necesitaba algo o quería algo y después cuando nos dijo eso nosotros nos dirigimos a decirle a la profesora”.*

JUEZ: *“Igual pues el despacho sigue sin entender, si ustedes ya sabían que las llamaba para hacerles ese tipo de exigencias, ¿Por qué ustedes acudían cada vez que las llamaba, porque me dice que fueron dos semanas que las estuvo llamando para hacerles ese tipo de exigencia (sic)?”*

¹⁵ Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AJOP. Minuto 00:22:25 y ss

A.J.O.P.: *“Si Nosotras siempre ... ee ... jugamos en un rincón y él siempre nos llamó cerca allá”.*

El interrogatorio así formulado fue intimidatorio porque el señor Juez no permitía a la menor que contestara de manera espontánea, sino que la interrumpía y la presionaba para que contestara SI o NO, y cuando daba una de esas respuestas, le reclamaba diciéndole que seguía sin entender su comportamiento.

El interrogatorio además de intimidatorio, fue revictimizante, porque cuestionaba y juzgaba el comportamiento de la víctima, cuando le preguntaba sobre el motivo por el cual acudía a los llamados del agresor, o por qué si ya sabía de la posibilidad de estar en riesgo o peligro, le obedecía.

Respecto de la menor A.V.R.P., la situación fue más dramática, ya que, al observar el video de su testimonio, con facilidad se detecta su nerviosismo, y ante las objeciones del defensor del procesado debía de manera forzada voltear su rostro hacia él, quien como ya hemos dicho quedó separado por tan solo el espacio ocupado por un escritorio.

El escenario judicial se convirtió así en un espacio hostil, en el que no se tuvo en cuenta las condiciones especiales de la menor A.V.R.P., quien a pesar de ser mayor con más de dos años respecto de A.J.O.P., se denotaba su nerviosismo, su falta de claridad y fluidez al entregar sus respuestas, su vocabulario muy básico, su incomprensión frente a algunas preguntas, condición que no se tuvo en cuenta por parte del señor Juez para permitir un mejor y mayor manejo por parte del psicólogo, para explicar las preguntas o al menos para evitar que no se confundiera.

Debía el juzgador tratar a la testigo A.V.R.P. con mayor tolerancia dadas algunas condiciones especiales, cuando además ya había rendido su testimonio el Médico Psiquiatra Forense Dr. FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, quien daba cuenta de su situación como integrante de una familia desestructurada. Al punto que por ejemplo ni siquiera tenía conocimiento de aspectos básicos de su vida, como su lugar de nacimiento, como quedó registrado al rendir su testimonio en la audiencia de Juicio Oral¹⁶.

En cuanto a su forma de hablar o expresarse, se denota también falencias en cuanto a su vocabulario, como ocurrió para el momento en que se le preguntó en interrogatorio directo, por la manera en la que el agresor le tocó sus glúteos y ella respondió que “*Raspando*”¹⁷, pero luego cuando se le requirió en sede del contrainterrogatorio para que explicará el significado de la expresión “*raspar*”, la menor guardó silencio. Igual sucedió cuando se le preguntó por lo que sintió con el comportamiento del agresor, y contestó “*mal*” pero cuando se le pidió hablar de ese sentimiento o de lo qué significaba, guardó silencio.

Y aquí también, se impidió la intervención del psicólogo, ya que cada vez que la menor se tardaba en contestar, el señor Juez sin permitirle al profesional que le explicara la pregunta para inquirirle una respuesta, le daba la orden para que continuara con el interrogatorio.

La situación se torna compleja cuando se realiza una pregunta confusa a la menor, ya que, en principio al exponer el relato de

¹⁶ Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AVR. Minuto 00:28:00 y ss

¹⁷ Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AVR. Minuto 00:32:19 y ss

los hechos de manera espontánea, describe la escena de tal forma que se entiende que el tocamiento de la cola, se dio por una sola ocasión, sin embargo, se le hace el siguiente interrogante: *“Eso que tú nos cuentas cuántas veces sucedió? Tu nos comentabas que el señor te decía que te dejaras tocar, te dejaras mirar tus partes íntimas y que te tocó la cola, ¿cuántas veces sucedió eso?”*

Nótese que en un solo interrogante se presentan tres situaciones diferentes y al final se trata como una sola, pues en principio se hace referencia a: i) el momento en que el agresor le decía que se dejara tocar ii) el momento en que le decía que se dejara mirar sus partes íntimas y iii) el momento en que le hace el tocamiento. Sin embargo, al final se refiere a todo como un solo suceso cuando se utiliza la expresión *“eso”*.

Lo anterior sin duda llevó a la menor a una confusión, pues su respuesta se manifestó con la siguiente frase *“Fueron hartos días”*, pero, se pregunta la Sala: ¿a cuál de esos eventos hacía referencia?. Al respecto la Sala determina según el contexto general del relato y una de las respuestas entregada más adelante, que ella hacía referencia al primer momento, puesto que al interrogarse sobre lo que comentó a su abuela y a su tía, contestó: *“que había un señor en la escuela, en las afueras del colegio, que siempre decía que vayamos para que nos hacía (sic) tocar la cola”*

Ante lo sucedido el psicólogo trató de aclarar la confusión de la menor pero no le explicaba las preguntas sino que ampliaba el interrogatorio, a la vez que era interrumpido con objeciones del señor Juez, quien no le permitió ejercer el rol que le

correspondía¹⁸, lo cual complicaba aún más la situación de la menor, al punto que el psicólogo realizó algunos gestos con sus manos al señor Juez para que le permitiera explicarle la pregunta a la menor y como no lo logró, prácticamente ella ya no quiso contestar y decidió guardar silencio, ante lo cual el señor Juez decide no esperar e interviene y le llama la atención con lo siguiente¹⁹:

“Vamos a contestar por favor niña, con la verdad, lo que usted sepa o lo que usted recuerde, sin ...por eso le fui claro en que cuente, narre qué fue lo que ocurrió, sin aumentar, y sin quitar, contar exactamente qué fue lo que pasó, NO MÁS” ²⁰.

Ante lo anterior la menor contestó: “¿seis veces?” y el señor Juez de manera intimidatoria le interroga nuevamente y le dice “¿O sea me pregunta o contesta?”.

Y decimos que tal interrogante es intimidatorio porque lleva implícito un regaño, además que al utilizar la expresión “niña” en lugar de dirigirse a la menor por su nombre, la diligencia se vuelve impersonal, se despersonaliza así a la víctima; y aunque el CIA exige ocultar su nombre por ser menor de edad, ello tiene como finalidad evitar la publicidad y proteger su derecho a la intimidad, pero no se puede llegar al extremo de despersonalizar a la víctima en juicio en la forma en que lo hizo el señor Juez.

Y no se puede negar que el escenario judicial que organizó el Director de la audiencia fue intimidatorio, cuando fue más que evidente el cambio de actitud de la menor, ya que, en el registro visual, se observa al inicio del interrogatorio a cargo de la

¹⁸ CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 segundo archivo. Record 00:33:30, 00:39:16

¹⁹ Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AVR. Minuto 00:28:00 y ss

²⁰ CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 segundo archivo. Record 00:33:55 y ss

Fiscalía que en su rostro se reflejaba una sonrisa, pero al iniciar el contrainterrogatorio de la defensa, tal expresión desapareció. Evidente también la presión, cuando la menor dejó pasar varios intervalos de tiempo sin contestar.

Finalmente, en cuanto a estas falencias de tipo procedimental, la Sala no observa en el registro de video de la audiencia de Juicio Oral, la presencia de un defensor de familia, ni tampoco se determina que se haya dejado constancia en las actas o actuación del juzgado, acerca de su citación, pues era la autoridad que podía exigir algunas condiciones en defensa de los derechos de las menores de edad por ser afectadas de un delito en especial cuando es de connotación sexual, como así lo exige el CIA. Dicho funcionario tenía la facultad de solicitar un receso para que por ejemplo a la menor A.V.R.P se le explicaran con más detenimiento las preguntas, cuando era evidente que ella no las entendía, en atención a que ese espacio no fue otorgado por el señor Juez y ninguna de las partes o intervinientes lo requirió; igualmente para que se exigiera la utilización de cámara Gesell, a fin de propiciar un escenario menos intimidante, o recordarle al señor Juez que acudiera al psicólogo para que le transmitiera y explicara sus preguntas; igual tarea pudo adelantar el Ministerio Público, sin embargo ningún delegado de dicha institución estuvo al tanto del Juicio Oral.

Y no siendo suficiente todo lo anterior que se relaciona con falencias de tipo procedimental, el señor Juez superó ese plano, y avanzó en la afectación del derecho a la dignidad de las menores víctimas, cuando empieza a realizar cuestionamientos respecto de su comportamiento, tal como se pudo evidenciar, al inquirirse para que se explicara el motivo por el cual acudían a los llamados del agresor.

La forma en que interviene el señor Juez, lo aleja del principio de imparcialidad para resolver el caso, lo que se denota desde el inicio del interrogatorio a cargo de la Fiscalía, pues adopta una posición dirigida a favorecer al procesado, como al momento de realizar objeciones que solo las debía formular la defensa o por la forma y contenido de las preguntas que se adicionaron so pretexto de ser complementarias, pero que en realidad se realizaron a la manera de un contrainterrogatorio defensivo; para muestra cuando la menor trató de dar una explicación y el señor Juez la interrumpió y obligó a que contestara “SI” o “NO”.

Inclusive el funcionario judicial además de que realiza objeciones como una labor que le es propia a las partes en controversia, se equivoca en las razones, reflejando su confusión en aspectos importantes en cuanto a la prueba de referencia, la cual considera inadmisibile de plano, como ocurrió durante el testimonio del patrullero de la Policía Nacional CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, cuando lo interrumpe para que no declare sobre lo dicho por las menores al momento en que llega al establecimiento educativo, para atender el caso y lo objeta por iniciativa propia, aduciendo que ello constituye prueba de referencia inadmisibile²¹.

El *A quo* incurre en error por dos vías, la primera porque confunde el testimonio de oídas con la prueba de referencia; y la segunda porque considera inadmisibile y descarta de plano cualquier valor probatorio tanto de lo uno como de lo otro, en oposición al principio de libertad probatoria previsto en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 cuando indica que “*los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos*”

²¹ CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 Jornada de la tarde. Record 00:52:00 y ss

en este código o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos.”.

En cuanto a la primera confusión, resulta pertinente traer a colación lo explicado por la CSJ en SP, 6 mar. 2008, rad. 27477 y AP 25 may 2015, rad. 45578, a efectos de diferenciar el testimonio de oídas de la prueba de referencia, así:

“De otra parte, el censor incurre en el error de calificar a (sic) al supranombrado como «testigo de referencia», basado en que no presencié el hecho en que se dio muerte a Miguel Antonio Pinilla Pinilla, sino que un tercero le contó sobre lo ocurrido, con lo cual revela que confunde el concepto del testimonio de oídas, «que es aquel cuyo conocimiento de un hecho le ha sido transmitido por comentarios o experiencias de terceros, pudiendo garantizar la existencia del relato o la fuente de su información»²², con la prueba de referencia, que para ser considerada (sic) como tal, según la jurisprudencia de la Sala, debe reunir los siguientes elementos: «(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)».

De esa forma conforme a esta orientación jurisprudencial, fácilmente se establece que el patrullero CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA era un testigo de oídas respecto del relato que las menores víctimas le entregaron al momento en que llega al establecimiento educativo para atender el caso, y no constituía prueba de referencia como lo entendió el señor Juez.

La segunda confusión en la que incurre el funcionario judicial, tiene que ver con la decisión de descartar de plano cualquier valor probatorio el testimonio al menos en el aparte que

²² CSJ AP, 25 mar. 2015, rad. 45126.

analizamos, efecto que se produjo al objetar el relato de oídas en la forma en que lo hizo, porque de esa forma se desconoció el principio de libertad probatoria que impera en nuestro código de procedimiento penal.

Inclusive, y si en gracia de discusión se hubiese tratado de una prueba de referencia, la problemática no se centra en un tema de admisibilidad sino del grado de conocimiento que otorga frente a la responsabilidad del procesado, ya que de aportarse como única prueba, efectivamente y conforme a la regla de tarifa legal negativa, dispuesta en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, no podría servir de fundamento de una sentencia condenatoria; no obstante tendría potencialidad de aportar elementos de juicio admisibles como base de una condena cuando apoye o complemente una prueba directa.

Entonces era muy relevante conocer en juicio el relato del patrullero CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA en relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar para el momento en que acude al establecimiento educativo, porque era necesario saber el motivo por el cual intervino, y en ese espacio lógicamente que él como agente del orden debía interrogar sobre lo ocurrido a las menores y enterarse a través de ellas de los sucesos, y más cuando en este punto el señor Juez encontró elementos por los cuales consideró que las víctimas incurrieron en contradicción para así restar credibilidad a sus dichos.

Es decir que primero impide que el testigo declare sobre los detalles del inicio del procedimiento policivo y luego cuando no hay claridad sobre esa fase, aduce que por ello la versión de las menores es contradictoria del relato del agente del orden, ya que ellas cuentan que de lo sucedido en esa ocasión le informaron a

una docente, pero el patrullero no menciona nada sobre la intervención de un adulto.

Se denota así, con esta serie de injerencias desbordadas por parte del señor Juez, que perfila su propia teoría del caso a favor del procesado, sin esperar a que el juicio se desarrolle hasta el final conforme al principio adversarial que caracteriza el SPA, según lo regulado en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, que estipula que la confrontación y contradicción se deben dar ante el Juez de conocimiento y no por este.

No obstante que la Sala pone de relieve todas estas irregularidades en que incurrió el juzgador, el hecho de que las menores víctimas hayan acudido a declarar de manera presencial y directa en juicio, ofrece un plus probatorio que al hacer su comparación con los testimonios del Médico Psiquiatra Forense Dr. FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO y el patrullero CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, permiten rescatar elementos suficientes para analizar los reparos de la parte apelante, a fin de establecer al final si efectivamente tal como lo adujo el *A quo*, subsisten dudas probatorias en cuanto a la existencia de un delito de acoso sexual, que permitan fundar una sentencia absolutoria a favor del acusado.

Para el efecto, entonces, procede la Sala a exponer algunos fundamentos jurisprudenciales que permiten comprender la esencia del delito de Acoso Sexual, así como su diferencia con otros punibles como el de Acto Sexual y el de Injuria por vías de hecho, a los que también tendrían potencialidad de adecuarse los hechos que nos ocupan, y más cuando se trata de comprender el enfoque que presentó el Juez de primer nivel.

ii) Características de los delitos de Acoso Sexual, Acto Sexual e Injuria por vías de hecho

Al establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se hacen conocer los fácticos por parte de las menores A.V.R.P. y A.J.O.P., se fijan claramente dos fases que tienen una concatenación e ilación que no se debe desconocer, porque al desconectarlas o al descartar una de ellas, el proceso de adecuación jurídica puede cambiar, o llevar a un equívoco como aquel en el que incurrió el Juez de primera instancia, cuando consideró que la duda que se generó en su proceso de evaluación le permitía descartar la existencia del delito de Acoso Sexual pero sin asumir una posición concreta respecto del culmen de la actuación del acusado que se concretó en una acción física de tocamiento de los glúteos de las menores.

Estas fases, se consolidan básicamente, la primera en aquel período de tiempo en el cual el señor LFZP observaba a las menores en cercanías del establecimiento educativo donde ellas estudiaban y que era separado de la vía pública a través de una reja, llamaba su atención para ofrecerles elementos con el fin de que le permitieran o tocar o ver sus partes íntimas; y la segunda la que tiene ocurrencia cuando el precitado luego de que las menores acudieran a su llamado, introduce sus manos entre la reja y realiza el tocamiento de sus glúteos.

Dependiendo de la perspectiva evaluativa que se adelante y la fase a la que se pretenda dar prevalencia, a la manera en que lo hace el a quo, o que se analicen conforme al contexto en el que el señor LFZP involucró a las menores A.V.R.P. y A.J.O.P., como lo expondrá esta instancia, pueden entrar en escena varios delitos, de los cuales resaltaremos al menos tres que pueden presentar algunos elementos en común.

El primero de ellos corresponde al que se incluyó en la imputación jurídica por parte del ente acusador, que se encuentra tipificado en nuestro C.P. en el artículo 210 A, en el que uno de sus ingredientes normativos, es aquel relacionado con los fines libidinosos pretendidos por el sujeto activo desplegados sin consentimiento de aquella persona que se convierte en el objeto de los mismos y que se pretenden alcanzar a través de diferentes acciones como el hostigamiento, la persecución y el acecho, que pueden ser físicos o verbales, contando en los primeros por ejemplo aquellos tocamientos sobre la integridad física de la víctima o en los segundos palabras o frases de contenido erótico.

A lo anterior se debe agregar otro elemento que tiene que ver con la relación de superioridad manifiesta o de autoridad o de poder derivadas de la edad, el sexo, la posición laboral, social, familiar o económica, del autor respecto de la víctima, el cual opera en cualquier escenario público o privado, y que se conoce también como relaciones asimétricas.

El delito de acoso sexual fue explicado por la CSJ en el caso analizado a través del auto emitido en el radicado 36570 del 8 de junio de 2011, en los siguientes términos:

“... está claro que el artículo 210 A, recientemente introducido al Código Penal, no pretende sustituir ni mucho menos modificar el artículo 404 de esa misma normatividad, sino consagrar como delito una conducta hasta el momento atípica, el comúnmente denominado acoso sexual, por lo general remitido a las relaciones de dependencia o subordinación en el campo laboral, público o privado.

Es por ello que en la exposición de motivos del proyecto de ley respectivo, se ubica ese nuevo delito dentro de aquellas conductas de género que representan violencia contra la mujer, bajo el entendido que:

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

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

Los otros delitos tienen relación estrecha con la acción desplegada por ZP sobre la integridad física de las menores, específicamente sobre sus glúteos, y que dependiendo de las circunstancias que en otros casos han acompañado tal tocamiento, la Corte ha adoptado al menos dos decisiones por solo citar un ejemplo, adecuando tal hecho al delito de Injuria por vías de hecho o al delito de Acto sexual.

Para el primero de ellos, se encuentra el asunto SP, del 26 de octubre de 2006, rad. 25743, en el que los fácticos se consolidan cuando una mujer adulta caminaba por un sendero peatonal y es abordada por un joven que transitaba en bicicleta, quien al observarla desacelera y toca los glúteos y la vagina de la mujer, luego de lo cual siguió su camino.

Tales hechos fueron adecuados al delito de Injuria por vías de hecho, al concluir lo siguiente:

“Se hace énfasis: en materia de delitos sexuales, la Ley 599 del 2000 para Colombia no consagra un tipo que reprima la ejecución de actos sexuales sin violencia y en los que la ausencia de

consentimiento obedezca al actuar sorpresivo del agente, sino que la vincula con situaciones de inconsciencia, trastorno mental o incapacidad para resistir en las que se encuentre la víctima (artículo 210). Y si alguno de esos estados es ocasionado por aquél, la adecuación típica se desplaza del capítulo que establece los actos abusivos al que regula los violentos (artículo 207).

La conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz sin su aquiescencia es, sin duda, un acto reprochable, sea que se realice súbitamente en vía pública –como en este caso- o en el servicio del transporte masivo o aprovechando las conglomeraciones humanas en manifestaciones, centros comerciales, espectáculos públicos, etc., pero no constituye actualmente un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales que consagra el título IV de la Ley 599 del 2000.

Objetivamente constituye, sí, delito de injuria, concretamente en su modalidad injuria por vía de hecho.

(...)

Desde este punto de vista, no hay duda que tentar sin consentimiento las regiones corporales que la cultura occidental asocia con el sexo, constituye un ultraje a la dignidad de la persona que recibe el comportamiento, una afrenta, una agresión y, en fin, un desprecio absoluto por su honor, es decir, su valor como ser humano, unido al libre desarrollo de su personalidad, entendido este, a la luz del artículo 16 de la Constitución Política, como el derecho a la autonomía personal, que permite, ante la variedad optativa, tomar decisiones sin intromisiones, obstáculos ni presiones²³.

(...)

De manera semejante, puede imputarse a título de injuria por vías de hecho actos de claro contenido libidinoso que la legislación no consagra como delitos sexuales, en tanto afectan la dignidad de la persona agraviada, lesionan su integridad moral y constituyen actos de menosprecio al tratarla como objeto de lujuria, degradando su condición humana”.

En otro caso, en SP, 11 nov. 2008, rad. 30305, los hechos tienen ocurrencia cuando una menor de 8 años de edad jugaba a las escondidas con otros primos en el patio de la casa de su padre, momento en el cual se le acerca el compañero

²³ Corte Constitucional, sentencia T-542, de 1992.

permanente de su prima, y aprovechando el juego le introdujo la mano por debajo de los interiores y procedió a tocarle la cola.

En esta oportunidad la Corte, enmarcó el análisis bajo el principio del interés superior del menor, y procedió luego a recordar el caso y el estudio adelantado en el radicado 25743 de 2006 para establecer diferencias sustanciales que le permitieron mantener la imputación jurídica por la que fue condenado el procesado, correspondiente al delito de Acto Sexual con menor de 14 años agravado por los numerales 2º y 4º del artículo 211 del C.P.

Lo divergente consistió en que en el precedente la víctima era una mujer adulta, la conducta endilgada se ejerció así, respecto de una persona capaz que fue tocada sin su consentimiento, se descartó además la violencia del agresor, no había ningún parentesco o cercanía entre éste y la víctima, y finalmente el acto no fue apto para excitar o satisfacer la lujuria de la víctima. En cambio, en el asunto objeto de análisis en el rad. 30305 de 2008, la víctima era menor de edad cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación y su capacidad no es plena pues carece de una cabal conciencia acerca de sus actos y de las consecuencias que de ellos se derivan, además de que había un parentesco, y el tocamiento sí fue idóneo para despertar la libido del procesado y causar daño en la menor.

Y a propósito de la diferencia que se establece respecto a la capacidad de las víctimas menores de edad, para tomar decisiones sobre su sexualidad, en el fallo SP de 26 de septiembre de 2000, rad. 13466, advierte al respecto:

“ ... que el Estatuto de Roma, o Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, indican las pautas específicas sobre

pruebas en materia de violencia sexual. Al efecto menciona la Regla 70 b, sobre los principios de la prueba en caso de violencia sexual, específicamente en lo relacionado con el consentimiento de la víctima, el cual, según dicha disposición, no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

Al efecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Civil, atendiendo la redacción que queda después de la expedición de la Ley 27 de 1977 -que estableció la mayoría de edad a los 18 años-, y de la sentencia C-534 de 2005, se tiene que la ley considera infante a todo aquél que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos; niño o niña, las personas entre los 0 y los 12 años; por adolescente las personas entre 12 y 18 años.

Entonces, si las dos adolescentes Y y F contaban con apenas trece años de edad, es claro que a términos de lo dispuesto por el artículo 1504 del Código Civil, al momento de ocurrencia de los hechos eran impúberes, es decir, absolutamente incapaces, no solamente para comprometerse sino para determinarse y actuar libremente frente a situaciones de riesgo que pudieran generarles perjuicio para los bienes jurídicos de la cual son titulares, más aún aquellos bienes altamente personalísimos como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la autonomía o la libertad, integridad y formación sexuales, pues, al contrario del criterio del Tribunal, la ley presume que las personas menores de 14 años, no se encuentran en condiciones de asumir, sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad, la realización de conductas que puedan lesionarlas debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectual, volitiva y afectiva, como en tal sentido ha sido declarado por la jurisprudencia de esta Corte²⁶. Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto, de derecho, es decir “iuris et de iure”, pues la edad a la que se refiere la ley es la edad cronológica, y no puede ser desconocida por una prueba de la que pueda llegar a inferirse la existencia de capacidad de autodeterminación, pues la ley determina que hasta los catorce años el menor debe estar totalmente libre y protegido en todos los ámbitos. Antes de esa edad, tampoco es posible admitir que los adolescentes se enfrentan voluntariamente a situaciones de riesgo para sus bienes jurídicos, por eso la ley prohíbe las relaciones sexuales con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarles el desarrollo de su sexualidad, le niega todo efecto jurídico a aquellos actos en los que exterioricen una manifestación de voluntad que en otras condiciones sería vinculante, y sanciona aquellos comportamientos de terceros que no sólo desconozcan las claras previsiones legales sino que los lesionen o pongan en peligro”.

En el caso, las menores Y y F fueron víctimas de un delito sexual, cuando se encontraban en estado de embriaguez, previa ingesta voluntaria de una de ellas, y el juzgador realizó su análisis cuestionando dicha acción ante lo cual adujo “*más cuando ellas sabían que el consumir licor las podía llevar a un estado de embriaguez*”.

La Corte llamó la atención frente a tal reproche indicando:

“Este tipo de argumentaciones resultan contrarias al deber judicial de acatar la ley y declarar el derecho cuando corresponde hacerlo, pues al juzgador no le es dable entrar en consideraciones contrarias a la ley para deducir la existencia de un consentimiento de la víctima, que la ley expresamente prohíbe tomar en consideración atendiendo su inmadurez en las esferas intelectual, volitiva y afectiva, al punto de prever que sus actos no producen ni siquiera obligaciones naturales, a términos del artículo 1504 Inc. 2do. del Código Civil”.

De manera más reciente, la CSJ en SP, 7 feb. 2018, rad. 49799, expuso acerca de las notas características de los delitos de acoso sexual e injuria por vías de hecho, así como su diferencia con los actos sexuales violentos, y si bien el asunto que se ventiló en dicho fallo no tiene similitud fáctica con el que nos concita en esta oportunidad, lo expuesto resulta pertinente como cita temática.

La Corte, acerca del delito de injuria por vías de hecho, rememoró el proceso Radicado 25743, del 26 de octubre de 2006, y aclaró que cuando se está ante este delito, la acción que adelanta el sujeto activo no puede desbordar el simple tocamiento o caricia fugaz o imprevista, so pena de que, superados estos límites, la conducta derive hacia otros tipos penales, dada la mayor envergadura del bien jurídico afectado. O dicho en otras palabras, si el acto o actos de claro contenido

erótico-sexual, dirigido indudablemente a satisfacer la libido del sujeto activo, se manifiesta evidente, ajeno a la repentina y fugaz acometida, no es posible mutarlo hacia el delito injurioso por vías de hecho.

En cuanto al delito de Acoso sexual, la Corte reconoce que dada su reciente incorporación al ámbito penal, no ha sido objeto de detenido examen.

Y para comprender la importancia de tal tipificación, acude a los instrumentos internacionales que buscan proteger a las mujeres del acoso sexual, que tradicionalmente se daban en el ámbito laboral por lo que el reconocimiento de esta problemática inició con una resolución del año 1985 de la OIT²⁴, a la que se han sumado otros como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994); La Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), La Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995); y el Convenio N° 169 de la OIT.

De tal conjunto normativo, la Corte resalta el artículo 2°, de la Convención de Belem do Pará de 1994, que reseña:

“Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros,

²⁴ Resolución sobre igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo, emitida en la 71 Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra, Suiza

*violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro **y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, ...***”

Y continua explicando la Corte, que en seguimiento de estas pautas y tratados internacionales, muchos países de América, la conducta es circunscrita a ámbitos laborales, educativos y de salud, o aquellos en los que pueda manifestarse algún tipo de superioridad del victimario sobre la víctima, diferenciándose del estricto delito de contenido sexual como el acceso carnal o los actos sexuales- a partir de sancionar no el hecho consumado, sino, precisamente, las insinuaciones, tratos o solicitudes que, prevalidas de la posición de autoridad o producto del ámbito laboral, busquen ese como fin.

Destaca la Corte que, si bien, no se posee una definición unívoca de acoso sexual, sí es posible determinar un lugar común, referido a que se trata de actitudes o comportamientos que por sí mismos causan mortificación o crean un clima hostil en ámbitos de trabajo o similares, respecto de actos, gestos o palabras que en muchas ocasiones representan una pretensión, pero no la consumación de la misma.

Y en concreto en Colombia el delito de acoso sexual fue introducido en la Ley 1257 de 2008, que adicionó al C.P. el artículo 210 A, y señala la Corte que dicha norma contiene una textura bastante abierta, a la espera de consignar allí todas las posibilidades de ejecución de la conducta e incluso de beneficiarios de la misma, pues, se alude al “beneficio” propio o de un tercero.

Y de manera textual menciona:

“En este sentido, se hace evidente que lo buscado es superar el ámbito meramente laboral, educativo o de salud y la relación de dependencia y subordinación que de los mismos dimana, como quiera que alude no solo a la superioridad manifiesta que pueda existir de parte del perpetrador hacia la víctima, sin establecer en dónde puede radicar esta, sino a las relaciones de “autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica”.

Tan variado catálogo imposibilita que pueda aventurarse un listado de hechos que, aunque fuese a título ejemplificativo, delimiten en cuáles circunstancias es factible ejecutar el delito, sin que ello impida, desde luego, sostener que no existe discusión acerca de la materialidad del punible en escenarios de trabajo y que la esencia de la conducta radica en las posibilidades que surgen de la asimetría entre la víctima y el agresor, en cuanto permite a este último subyugar, atemorizar, subordinar, amedrentar, coaccionar o intimidar a la primera, permitiéndole agraviarla, humillarla o mortificarla.

Ahora bien, de similar forma a los aspectos descriptivos y normativos, el tipo penal propone una enumeración exhaustiva de los verbos rectores que conforman la conducta, significando que ella se materializa en los casos en que el sujeto activo “acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente”.

De dichos verbos rectores cabe anotar que todos indican, en principio, una idea de actos persistentes o reiterativos en el tiempo, pues, basta verificar las acepciones consagradas en el diccionario, para asumir dinámico y no estático el comportamiento.

Más adelante indica:

Se ratifica, con lo transcrito, que el acoso sexual, en sus varios verbos rectores, dice relación con una suerte de continuidad o reiteración, que no necesariamente, aclara la Corte, demanda de días o de un lapso prolongado de tiempo, pero sí de persistencia por parte del acosador.

Ello, estima la Sala, para evitar que por sí misma una manifestación o acto aislado puedan entenderse suficientes para elevar la conducta a delito, independientemente de su connotación o efecto particular, en el entendido que la afectación proviene de la mortificación que los agravios causan a la persona.

Desde luego, es posible advertir que el bien jurídico tutelado – libertad, integridad y formación sexuales-, puede verse afectado con un solo acto, manifestación o roce físico, pero se entiende que para evitar equívocos el legislador, dado que aplicó un criterio bastante expansivo de la conducta, estimó prudente consagrar punibles solo los actos reiterados, persistentes o significativos en

el tiempo, y así lo plasmó en la norma con la delimitación de dichos verbos rectores, compatibles con la noción de acoso.

(...)

Se resalta, eso sí, que el asedio, entre otros verbos contemplados en la norma examinada, no reclama de prolongación en el tiempo, sino de insistencia en el actuar, que se traduce en la inequívoca pretensión de obtener el favor sexual a pesar de la negativa reiterada de la víctima.

Si se tratase de ejemplificar, es posible señalar que existe asedio y, en consecuencia, acoso sexual, cuando el encargado de brindar un empleo, de manera específica reclama favores sexuales a quien busca obtenerlo, pues, efectivamente el contexto informa de una suerte de sin salida para la víctima, puesta en el parangón de acceder a lo solicitado o perder dicha posibilidad.

(...)

Por último, en lo que al tipo penal respecta, este contiene lo que la doctrina denomina elemento subjetivo específico o ánimo especial, referido a que el acoso tenga, en favor del sujeto activo o de un tercero, “fines sexuales no consentidos”.

Vale decir, el acoso sexual opera ajeno a algún tipo de acto sexual o acceso carnal que se produzca por ocasión de los comportamientos del victimario, en tanto, cabe reiterar, lo sancionado no es que se logre el propósito, sino que con tal fin se emprendan conductas en sí mismas vejatorias que directamente afectan a la persona, razón suficiente para definir que no se trata de un delito de resultado, en lo que al cometido eminentemente sexual respecta.

Explica también la Corte, sobre el artículo 212 A del C.P., que define “**Violencia**”, para efectos de los delitos de connotación sexual, lo siguiente:

“... no cabe duda que dentro de las hipótesis reseñadas en dicha norma, se incluyen los factores de superioridad, autoridad o poder que por su factor intimidatorio menguan la oposición de la víctima al vejamen, en los casos de acoso sexual.

Por manera que, la distinción entre la materialización de un delito de acceso carnal o actos sexuales violentos, y uno de acoso sexual, estriba en los alcances de lo ejecutado por el agente”.

iii) Análisis de la Valoración adelantada por el Juez de conocimiento

Expuestos los anteriores elementos de los punibles que de alguna forma u otra se involucran en los hechos atribuidos a LFZP, procede enseguida la Sala a analizar el material probatorio recaudado, ahora si contrastando aquellos argumentos expuestos por el Juez de primera instancia y los que la parte apelante presenta a fin de que se revoque la absolución emitida, como también aquellos aspectos que fueron expuestos por la Sala en precedencia.

a) Sobre los elementos estructurales del tipo de Acoso Sexual

- Verbos rectores

Estableció el juzgador en primer lugar que la Fiscalía no concretó en su acusación cuáles eran los hechos jurídicamente relevantes puesto que no detalló cuál de los verbos rectores corresponde a la conducta desplegada por el acusado, esto es, asediar, acosar, perseguir u hostigar a las menores, lo que es relevante para no afectar el principio de congruencia.

Sin embargo, no tuvo en cuenta el señor Juez, que desde la audiencia de imputación que se realizó el 5 de agosto de 2016 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con funciones de Control de Garantías, la Fiscalía sí realizó una exposición de los fácticos relevantes, describiendo circunstancias de tiempo antecedentes y concomitantes, al mencionar que en ocasión anterior ZP ofreció dinero a las menores para que indiquen sus partes íntimas, y que para el 4 de agosto de 2016 se realizó un tocamiento de sus glúteos, igualmente se describieron circunstancias de modo, al indicar lo relacionado con el ofrecimiento de dádivas y la rapidez con que se adelantó el tocamiento, y finalmente se describieron las circunstancias de

lugar, cuando se menciona que los hechos se desarrollaron en ..., específicamente en el Colegio ..., ubicándose ZP en la parte exterior de las rejas que separan la institución educativa de la vía pública.

Adicionalmente, la Fiscalía concretó el verbo rector, al explicar a ZP, que su actuación se enmarca en la norma penal como un asedio físico y verbal, ya que por un lado se realizó un tocamiento físico y por otro se realizó una solicitud para que se quiten la ropa.

Los fácticos mencionados fueron reproducidos y enriquecidos en la acusación, y aunque se agregó que el procesado había exhibido sus genitales a las menores, tal hecho no fue motivo de adición de la imputación inicial al menos en lo que atañe al proceso de adecuación jurídica.

Ahora bien, se verifica que en verdad, tanto en el escrito como en la formulación de acusación, no se mencionó en concreto un verbo rector, sin embargo, ello no elimina el conocimiento previo que obtuvo el procesado desde la imputación, acerca de que sus acciones se califican jurídicamente como un asedio tanto físico como verbal, lo que garantizó el ejercicio pleno de su defensa.

Igualmente, en los alegatos de conclusión el ente acusador, señaló que lo probado en juicio permitía atribuir al procesado, las conductas consagradas en el delito que le fue imputado, y parafraseando lo explicado por la Corte en el radicado 49799 de 2018, enuncia los verbos rectores que conforman la conducta, la que se materializa en los casos en que el sujeto activo “*acose, persiga, hostigue o asedie*”, indicando que no hay una mayor diferencia entre los mismos, ya que todos denotan la idea de persistencia.

Y efectivamente, en dicho fallo, encontramos que la Corte presenta las acepciones de la RAE, respecto de los verbos rectores referidos en el artículo 210 A del C.P., y verificamos por ejemplo que para definir “acosar”, se acude al verbo “perseguir” y éste a su vez, significa seguir y también “molestar”, verbo éste que se presenta como una de las acepciones de “hostigar”. Y finalmente “asediar”, que se relaciona con “cercar” un lugar fortificado, e igualmente con “presionar” insistentemente a alguien.

Entonces, al tener en cuenta estas acciones, se determina que los hechos relevantes que fueron imputados e incluidos en la acusación, encuadran en estas acciones, por cuanto el comportamiento asumido por ZP causó molestia y hostigamiento a las menores, dadas las continuas solicitudes con contenido libidinoso que se concretaron al final en un tocamiento de los glúteos, lo que implica a la vez una presión o asedio hacia las víctimas que al ser mujeres menores de 14 años, no podían adoptar una decisión libre sobre su sexualidad.

- **Superioridad manifiesta**

Expone en su decisión el A quo, que no se presenta en el caso una situación de superioridad en la que debe haber subordinación, ya que las menores no se encontraban en estado de desprotección ante el procesado, dada la existencia de una reja y así una distancia que los separaba, por lo cual no podía el procesado ejercer una función de superioridad.

Determina la Sala sin embargo, que este planteamiento resulta equivocado, al excluir una lectura integral de la norma que

tipifica el delito de Acoso Sexual, y que muy bien la explica la Corte en el pluricitado fallo con radicado 49799 de 2018; ya que el accionar delictivo no se limita a los ambientes de dependencia o subordinación como los laborales, o educativos o los de salud, sino que se extiende a aquellas relaciones de *“autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica”*, lo que abre la puerta a la ocurrencia de un sinnúmero de *“posibilidades que surgen de la asimetría entre la víctima y el agresor, en cuanto permite a este último subyugar, atemorizar, subordinar, amedrentar, coaccionar o intimidar a la primera, permitiéndole agraviarla, humillarla o mortificarla”*.

Entonces descartó el Juez de primera instancia, la asimetría existente entre el agresor y las víctimas A.V.R.P.²⁵ y A.J.O.P.²⁶ de 10 años y 11 meses de edad la primera y 8 años y 3 meses de edad la segunda, asimetría por el factor etario que se configuró en el momento en que ZP entra en contacto verbal con ellas, cuando él contaba para la data de los hechos con cerca de 70 años de edad, si nos atenemos a su fecha de nacimiento del 6 de octubre de 1945²⁷.

Se denota inclusive que el *A quo*, no tuvo en cuenta siquiera la edad real de las menores conforme a la prueba aportada al juicio, consistente en los registros civiles de nacimiento, ya que en su recuento fáctico menciona que la edad de aquellas era de 10 y 11 años, cuando la menor apenas superaba los 8 años.

La asimetría a que estamos haciendo referencia colocó a las víctimas en situación de vulnerabilidad, al entablar una relación

²⁵ Nacida el 8 de septiembre de 2005, según registro civil de nacimiento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias - Fl. 39 de la Carpeta Principal

²⁶ Nacida el 6 de mayo de 2007, según el registro civil de nacimiento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias. Fl. 36 de la Carpeta Principal

²⁷ Según documento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias. Fl. 36 de la Carpeta Principal

así no sea prolongada en el tiempo, pero que se produjo al menos por dos semanas, en la que el adulto llamaba a las menores durante los descansos de su jornada educativa, para que se acercaran a la reja que separaba su institución de la calle, e inicia una interlocución ajena totalmente al ambiente familiar, social y educativo que se debe procurar para las niñas, y que sin duda causó mortificación a las mismas, cuando A.J.O.P. menciona en sus propias palabras que se sentía un poco asustada y nerviosa, porque de pronto le pudiese hacer daño, y A.V.R.P. también en sus propias palabras que se sintió mal.

Ahora bien, la última de las mencionadas, dada su baja escolaridad, su falta de fluidez al hablar y su estado de nerviosismo, entre otros, no logró explicar qué significaba para ella sentirse mal, pero ello no implica que deba descartarse esa sensación que en definitiva es negativa conforme a la palabra utilizada por la menor y al contexto de su relato.

No se debe olvidar además que el accionar del procesado ejercía presión sobre las víctimas, quienes por su edad a la fecha de los hechos, no estaban en capacidad de dar consentimiento o tomar decisiones sobre su sexualidad, lo que constituye un acto de agresión en su contra, y más cuando se acudió a una estrategia muy recurrida por parte de los adultos respecto de los niños, a través del ofrecimiento de incentivos para lograr que actúen de determinada manera, solo que en este caso, tal estímulo representado en muñecas, tablets o dinero, buscaba una actuación de connotación sexual.

En ese contexto, de nada servía la existencia de una barrera física representada en la reja del colegio, o de sistemas de protección o vigilancia que pudiesen de alguna forma impedir este tipo de abordajes, puesto que la vulnerabilidad se deriva de

la asimetría etaria, en la que se ubica al agresor adulto frente a dos menores de quienes se presume la falta de capacidad para tomar decisiones respecto de su sexualidad, en donde se quebrantan las barreras físicas para entablar una comunicación que busca convencer a la víctima a tomar decisiones que le pueden atraer consecuencias dañinas para su integridad sexual.

Lo anterior sirve de ejemplo también para que no olvidemos que frente a otros eventos, la situación de vulnerabilidad se incrementa ante los avances de la tecnología, que nos hacen reevaluar nuestras reglas de la experiencia, cuando claramente se observa el asedio a través de las redes sociales y sistemas de comunicación, que desbordan las paredes de nuestras casas, apartamentos o aulas escolares.

Finalmente, sobre este punto, debemos recordar aquí lo que aportan los instrumentos internacionales que atrás reseñamos, ya que la violencia contra la mujer puede tener como escenario también la comunidad y el entorno educativo, y puede desarrollarse entre otros comportamientos a través del acoso sexual. Y acogiendo este criterio, vemos que si bien en el caso no hay relación o nexo causal entre el establecimiento educativo y alguna situación que involucre al acusado de manera directa con dicho sitio, lo cierto es que cuando se menciona como escenario la “comunidad” y que puede serlo en cualquier lugar, aquí encontramos un entorno más amplio en el que se ubica el establecimiento educativo, y que corresponde al barrio ... de esta ciudad, sector con el cual necesariamente debía tener alguna relación el acusado, en cuanto tenía la facilidad de llegar a observar a las menores desde las afueras del colegio.

Esa relación del acusado con la comunidad a la cual pertenecían las menores, se determina también porque con posterioridad a

los hechos, la judicialización y la puesta en libertad del procesado, la menor A.J.O.P. lo observa cerca al lugar donde jugaba con sus hermanos, cuando llegó inclusive a ofrecerle monedas, y también porque la menor A.V.R.P. lo miró en el sector conocido como la ..., que explica queda detrás del barrio ..., lo que ocurrió también después de los hechos por los cuales fue judicializado.

Debía entonces el señor juez, no limitarse a evaluar la situación de manera superficial, sino que, en términos de la Perspectiva de Género que exige aplicar como principio el artículo 12 del CIA, reconocer las diferencias biológicas y psicológicas en la relación que se entabló entre ZP y las víctimas A.V.R.P. y A.J.O.P. por espacio de dos semanas, ya que el primero era un hombre adulto con experiencia y capacidad para discernir y decidir sobre su sexualidad y sus interlocutoras eran mujeres menores de edad, que no ostentaban para la fecha de los hechos tal capacidad. Reconocer que el rol que debía asumir el procesado en el grupo social es de mayor exigencia por tratarse de un adulto que antes que agredir verbal o físicamente a las niñas con contenidos de índole sexual, debía velar por su protección, ya que se encontraban desarrollando su rol como estudiantes de un establecimiento educativo y por ende estaban más que desprevenidas para afrontar con suficiente discernimiento el riesgo al que se estaban sometiendo.

b) Contradicciones de los testimonios de las víctimas

Encuentra el *A quo* que las declaraciones rendidas por las menores son contradictorias, ya que por una parte ellas aducen que los hechos ocurrieron en una cancha de fútbol, y que el

ofrecimiento de dádivas para que indiquen sus partes íntimas, se repitió en dos semanas consecutivas, pero esta información no le fue suministrada al perito a quien dijeron que sólo ocurrió en una sola oportunidad.

Analiza también el testimonio de la segunda de las menores declarantes, quien menciona que nunca observó que el agresor haya exhibido sus genitales, al contrario de la primera, igualmente dicha testigo no logró explicar qué es “rosar”.

También encuentra contradicción ante lo manifestado por el policial quien informa que al presentarse en el establecimiento educativo, no se encontraba ninguna persona mayor de edad, pese a que las menores en sus relatos dijeron haberle dicho a la profesora.

Pasa la Sala a revisar estos planteamientos, para lo cual se debe tener en cuenta que de tiempo atrás, la Corte en consolidada jurisprudencia²⁸, ha fijado el criterio de que, la sola existencia de contradicciones en las versiones de la víctima, no son suficientes para restarles mérito, cuando se constatan sobre aspectos circunstanciales o detalles que no afectan la parte esencial o estructural del relato.

Igualmente es de anotar que, en atención a lo explicado respecto a la prueba de referencia y el testimonio de oídas, el relato que expuso el Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, en torno a lo que las menores le comentaron, por la forma en que se presentó en el juicio, se encuadra más bien como un testimonio de oídas y no como prueba de referencia que hubiese sido utilizada para impugnar la credibilidad de las víctimas.

²⁸ CSJ. SP 11 oct 2001, radicado 16471, reiterada en SP, 11 nov. 2008, rad. 30305.

Siendo así, la valoración probatoria que se debe aplicar debe dar prevalencia al testimonio directo rendido en juicio por las menores A.J.O.P. y A.V.R.P., además, porque la parte inicial de la que da cuenta el Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, en su estudio, en la que se registra el relato de las menores, no contiene ninguna pregunta sobre los hechos, a la manera en que sí lo hacen los servidores con funciones de policía judicial que recogen las entrevistas con fines de conformar el conjunto de EMP que orientan la investigación, lo que significa que el hecho de que las precitadas no hayan relatado hechos antecedentes al 4 de agosto de 2016 al perito, no descarta necesariamente su ocurrencia.

Explicado lo anterior, pasa la Sala a revisar el testimonio de las menores a efectos de verificar la existencia de contradicciones y sí estas tienen ocurrencia sobre aspectos sustanciales o no.

En cuanto a que el acto acosador se produjo por dos semanas en una sola ocasión, ello fue objeto de interrogatorio y aclaración durante el testimonio de A.J.O.P., quien de manera contundente explicó que los requerimientos verbales para que exhibiera o permitiera tocar sus partes íntimas, el agresor lo repitió por dos semanas y que el tocamiento de la cola, fue lo que ocurrió en una sola ocasión.

Igualmente, del relato espontáneo e inicial que realizó en juicio la menor A.V.R.P. se comprende que el tocamiento de sus glúteos se realizó por una sola vez, solo que como lo explicamos anteriormente, se generó una confusión al realizar una pregunta alternativa, dificultad que no fue solventada por el psicólogo que acompañó a la testigo y la actitud procesal del señor Juez. Pero que igualmente conforme a lo que esa oportunidad analizamos,

se determina que las solicitudes de tipo verbal se dieron por más de una ocasión, si acudimos a la frase por ella utilizada *“Fueron hartos días”*.

También, en cuanto al lugar concreto de ocurrencia de los hechos, la menor A.J.O.P. al dar cuenta de las circunstancias espaciales y temporales, explica que estos ocurren cuando se encontraba jugando durante el recreo con las amigas, y que el señor siempre las llamaba y se acercaban a ver lo que quería, lo cual tiene como escenario la cancha de fútbol, en una parte donde hay una reja que se ubica en la institución educativa y que la niña entendía era para que los estudiantes no salieran de dicho lugar.

Y cuando es contrainterrogada con base en las preguntas de la defensa, para que aclare lo concerniente a la cancha de fútbol, aclara que en el lugar hay dos espacios de este tipo, uno al interior del colegio y otro que queda por fuera, pero que ella estaba ubicada por dentro.

Ahora A.V.R.P. no es tan descriptiva sobre el sitio, pero si coincide con el entorno físico, que corresponde a la cancha de fútbol.

Entonces, en cuanto al lugar tampoco hay contradicciones.

Encuentra también el señor Juez diferencias entre la versión de las menores y de éstas con el testimonio del agente policivo. En lo primero porque mientras A.J.O.P. da cuenta de un exhibicionismo por parte del agresor al dejar ver sus genitales, A.V.R.P. indica que ella no observó este episodio; y en lo segundo porque las menores manifiestan que lo sucedido fue

comunicado a una profesora, pero el agente del orden no menciona la intervención de alguna persona adulta.

En relación al exhibicionismo que describe A.J.O.P., es importante anotar que la forma en que se adelantó el interrogatorio, no permitió ahondar en detalles sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello ocurrió, ya que inicialmente al adelantarse el proceso de aprehensión de LFZP para el 4 de agosto de 2016, no se menciona nada al respecto, y no se tiene conocimiento de la fase investigativa en la que aflora dicha información, aunque si fue consignado en el escrito de acusación, razones por las cuales no se estableció en juicio si A.J.O.P. se encontraba sola para ese momento o en compañía de la menor A.V.R.P., resaltando además que cada una de ellas por sí misma se constituye en víctima de los hechos, lo que significa que no necesariamente deben coincidir en su totalidad las vivencias por las cuales atravesaron, razón por la cual el hecho de que ZP no se haya exhibido ante A.V.R.P. no descarta su ocurrencia frente a A.J.O.P..

Ahora, en cuanto a la aparente contradicción entre lo manifestado por las menores y el testimonio del agente policivo CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, se determina que si bien éste no menciona en concreto la intervención de un adulto que atendiera el caso, ello no descarta el apoyo de personal del establecimiento educativo ya sea docente o del grupo de estudiantes, porque no de otra manera la unidad de información del CAI de ..., que cubre el sector del barrio del mismo nombre y el barrio ... pudiese conocer acerca de lo que ocurrió con las menores; lo cual además resulta irrelevante a la hora de establecer si los hechos tuvieron ocurrencia o no, cuando de todas formas se presentó el apoyo policivo y las víctimas comparecen en el Juicio Oral y declaran sobre lo que a ellas les

ocurrió, lo que tiene mayor relevancia a que testificara la persona que haya solicitado la intervención policiva.

Y más cuando como en este caso, no se alcanzó a conocer los detalles, debido a la intervención desbordada del señor Juez, que objetó el relato del testigo, sobre este punto específicamente.

Ahora bien, analizado el relato que sí logró realizar el testigo CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, quien se desempeñaba a la fecha de los hechos como Patrullero de la policía antes que contradecir, corrobora la versión de las menores, en los siguientes puntos:

- Hace mención el precitado que al llegar al establecimiento educativo, se encontró con una aglomeración de niños, lo cual confirmaría la versión de las víctimas cuando hacen mención a que los hechos ocurrieron durante el período del recreo, y que la escena del tocamiento fue observada por otras compañeras.

- Da cuenta el testigo de que el agresor fue ubicado gracias a la descripción y al señalamiento que realizaron las menores afectadas²⁹, lo cual corrobora el relato de estas cuando dan cuenta de que dicho personaje se encontraba en cercanías de la escuela.

- El agente del orden da a conocer que inicialmente se requiere su intervención porque estaban amedrentando a los niños, y efectivamente cuando llega a la escuela de manera inmediata se entera de que ello sucedió porque un individuo tocó los glúteos de las menores y les ofreció dinero, acciones que constituyen el núcleo central de los fácticos, que aún en el juicio se mantiene en el relato de las víctimas.

²⁹ CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 segundo archivo. Record 00:52:40 y ss

Adicionalmente, el señor Juez cuestionó al testigo CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, para restar credibilidad a las víctimas, por no conocer el nombre de ellas aunque sí el del agresor, pero advierte la Sala que ello no resulta de tal fuerza que anule su credibilidad, puesto que el patrullero participó en el procedimiento de captura del procesado dado el señalamiento realizado por las menores³⁰, y era respecto de él de quien se le exigía para ese momento el trámite de individualización e identificación, a efectos de lo que le correspondería a la Fiscalía para realizar la imputación, lo que necesariamente facilitó su contacto con él, por el tiempo requerido para adelantar las audiencias preliminares. Siendo así, no resulta extraño que tuviese más familiaridad y capacidad de rememoración respecto del nombre del aprehendido que de las víctimas, lo que no significa que el testigo mienta sobre el contacto que realizó con aquellas, de quienes se percató en lo esencial por su aspecto físico que eran menores de edad.

De esa manera se concluye que las contradicciones a que hace referencia el juez de primera instancia o son inexistentes o son irrelevantes, y por ello no disminuye el poder suasorio de los testimonios de las menores A.J.O.P. y A.V.R.P. a lo que podemos agregar, la evaluación que realizó el Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO³¹ quien concluyó que las menores en términos generales no presentan conductas repetitivas de alteración de la verdad, sus fantasías no son desbordantes ni son de contenido erótico, como tampoco exponen ideas delirantes, o padecen de enfermedades mentales, que lleven a la Sala a considerar alguna posibilidad de que los fácticos sean producto de una invención, además de que si el

³⁰ CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 segundo archivo. Record 00:52:40 y ss

³¹ CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 Jornada de la mañana. Record 00:28:30 respecto de A.J.O.P. y 00:33:30 respecto de A.V.R.P.

agresor era una persona del sector con quien no mantenían alguna relación estrecha, no se vislumbra ninguna posible causa de pretender generar algún tipo de perjuicio.

c) Ausencia de explicación razonable sobre el comportamiento de las víctimas

Considera el *A quo* que las menores no dieron mayor claridad o no suministraron una explicación razonable acerca del motivo por el cual acudían a los llamados del agresor cuando ya conocían qué tipo de solicitudes se les estaba realizando.

Sobre este punto es importante retomar el aparte del juicio en el que el señor Juez increpó a la menor A.J.O.P. para pedirle, casi que exigirle que brinde una explicación de su comportamiento frente a los llamamientos que le realizaba el agresor, y sin necesidad de que volvamos a presentar el interrogatorio adelantado, el que además ya fue objeto de estudio desde el punto de vista procedimental, se encuentra en cuanto su contenido material, que es atentatorio de los principios que deben orientar la actuación y valoración probatoria, por encontrarse de por medio los derechos de víctimas de un delito sexual, que son mujeres menores de edad.

En esa línea, se expondrán algunos de esos aspectos, siguiendo la orientación que la Corte presentó en la sentencia T – 458 de 2007 y otros elementos del ordenamiento jurídico reseñado párrafos atrás.

- En cuanto a los derechos de las víctimas de delitos sexuales, se fija como uno de ellos “ *...que se valore el contexto en que*

ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima”.

En cuanto al contexto debía tener en cuenta el señor Juez que las víctimas eran dos niñas, A.V.R.P. y A.J.O.P. de solo 10 años y 11 meses de edad la primera y 8 años y 3 meses de edad la segunda, quienes son abordadas en su establecimiento educativo, mientras disfrutaban del descanso propio de la jornada escolar, lo que lógicamente en principio les haría actuar de manera muy desprevenida frente al llamado de cualquier persona.

Aplicaron las menores una regla de experiencia a la que hubiese acudido cualquier persona, en pensar que si otra persona las llama es porque necesita algo, ahora lo que sí resulta extraño al común de los casos en un entorno educativo, es que el requerimiento sea de índole sexual, razón por la cual con seguridad ante un primer llamado sería lo último que se esperaría.

En ese contexto, no tuvo en cuenta el señor Juez, pese a que ello era notorio y así también lo resaltó en uno de sus aspectos, relacionado con la forma de expresarse, las condiciones especiales de la menor A.V.R.P., ya que según el perito que compareció a juicio el Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, quien realizó su estudio el 4 de octubre de 2016, ella provenía de un hogar desestructurado, al punto que asistió a la entrevista acompañada de la madre sustituta y que en relación a los hechos no logró dimensionar su carácter delictivo, razón por la cual debía prodigarse en juicio un trato digno, acorde con sus condiciones y asumir una actitud más tolerante para propiciar un espacio que facilite la comprensión de las preguntas, y que si nada de ello daba resultado, valorar

sus expresiones de manera acorde a su edad y a sus capacidades.

Y no solo se debe atender el contexto de las víctimas, sino que además se exige eliminar cualquier prejuicio contra la víctima, en este caso, el interrogatorio lleva implícita la idea de que si una mujer acepta en más de una ocasión un acto que puede considerarse que la perjudica, es porque le gusta y si es así se descarta la ocurrencia de un daño.

O peor aún, que se realice una valoración que pueda llevar a equívocos, como en este caso en el que el señor Juez establece una duda en cuanto a la persistencia de la acción acosadora, cuando aplica el análisis que se desprende de su valoración, en el que prácticamente se envía el siguiente mensaje a la víctima: *Si usted ya sabía que el señor le podía hacer daño, no le creo que haya atendido a sus llamados por espacio de dos semanas, en conclusión, no es verdad que usted haya atendido sus llamados o que estos hayan existido.*

- Continuando con nuestro análisis, se impone como principio, que, en casos de violencia sexual, el consentimiento no se infiera de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

Y es aquí, donde se impone al juzgador de primer nivel el respeto por los principios que deben guiar la interpretación en los casos de menores de edad víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, en cuanto a la obligación de velar por su interés superior, atendiendo a que una condición especial de los NNA, corresponde a su inmadurez, como así se señala en la Convención Americana sobre los Derechos del Niño (CDN), que en su preámbulo parte del presupuesto de que "el

niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento".

Atendiendo igualmente conforme a la normativa y jurisprudencia que en su momento presentamos, que dada la edad de las menores A.V.R.P. y A.J.O.P. no tenían la capacidad de dar su consentimiento para aceptar las solicitudes lujuriosas, razón por la cual aún si hubiesen acudido por más de una ocasión, con conocimiento del fin que se había propuesto el agresor, de ninguna manera se puede inferir de tal conducta que ellas estaban consintiendo en el tocamiento de sus partes íntimas.

De ahí la connotación penal que se ha impuesto a comportamientos y conductas, aún si no media violencia física o psicológica, ya que se tipifica cualquier acceso o acto sexual como abusivo dada la edad de las víctimas, de lo cual no sería dable excluir tampoco el delito de Acoso Sexual, que perfectamente se consuma también para menores de 14 años, aún si no ostentan esa capacidad de consentimiento.

Lo anterior se explica porque precisamente uno de los elementos que se incluyen como factores de asimetría que pueden dar lugar a cualquiera de los verbos que configuran el acoso, es aquel relacionado con la edad, en el que no se impone un límite temporal, lo cual interpretado a tono con el artículo 211 del C.P., permite establecer que el límite de los 14 años, configura una causal de agravación cuando se está en frente de víctimas menores de ese tope.

Igualmente porque conforme lo destaca la CSJ en SP, 7 feb. 2018, rad. 49799, el artículo 210 A del C.P. contiene una

textura bastante abierta, a la espera de consignar allí todas las posibilidades de ejecución de la conducta y que además no se cuenta con una definición unívoca de acoso sexual, no obstante sí es posible determinar un lugar común, referido a que se trata de actitudes o comportamientos que por sí mismos causan mortificación o crean un clima hostil a la víctima, respecto de actos, gestos o palabras que en muchas ocasiones representan una pretensión libidinosa, sensaciones que fueron vivenciadas por las menores A.J.O.P. y A.V.R.P., cuando la primera manifiesta que se sentía un poco asustada y nerviosa y la segunda que se sintió mal ante el comportamiento de aquel señor que las estuvo acechando por algún tiempo.

- Finalmente se advierte el alejamiento del Juez de conocimiento, sobre la finalidad del ordenamiento interno e internacional, entre ellos de la CEDAW, para evitar actos de discriminación contra la mujer, lo mismo que se exige respecto de menores de edad, para quienes se debe actuar al amparo del principio *Pro infans*, pero además conforme a uno de los deberes negativos de las autoridades judiciales en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, que ya fue citado, y que exige abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos³².

Vemos sin embargo que el interrogatorio realizado por el juzgador, contiene de manera implícita un acto de este tipo, ya que al preguntarse a la menor A.J.O.P. sobre el motivo por el cual acudía a los llamados del agresor si ya sabía lo que le pediría, está cuestionando y juzgando a la víctima, dejando de

³² Sentencia T-554 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

lado el comportamiento del adulto que la abordó con intenciones de tipo libidinoso. Se atribuye así también de manera tácita una responsabilidad de lo ocurrido a la víctima, enviando este mensaje: *si en verdad usted acudió al llamado de tipo libidinoso del agresor en más de una ocasión, usted tiene la culpa de que él le haya tocado sus glúteos.*

Se adelanta así un reproche que implica un acto de discriminación al atribuirse responsabilidad a las mujeres por la agresión que sufrieron de parte del acusado, a la vez que se deja a un lado el interés superior que les asiste por su condición de niñas.

Ese reproche se dirige también frente a una de las motivaciones que orientaron el comportamiento de las menores, lo cual resulta comprensible por tratarse de unas niñas que a la fecha de los hechos no sobrepasaban los 12 años de edad, y que aún de aceptarse como cierto, no puede aceptarse como un consentimiento que motive la agresión sexual.

Es así, como encuentra la Sala dos razones, que necesariamente el juez debía extraer no solo de la respuesta entregada por la menor A.J.O.P. sino de la integralidad del relato de ésta y de la otra víctima A.V.R.P.

La primera razón que fue presentada por la menor en respuesta al interrogante directo realizado por el Juez, cuando explica que acudieron al llamado del agresor porque al principio pensaban que quería agua, lo cual como atrás analizamos, resulta entendible, aceptable y razonable, dado el entorno y el contexto de las menores al encontrarse en su establecimiento educativo, que les permitía aplicar al inicio una regla de experiencia muy frecuente en las relaciones interpersonales, en las que en la

generalidad de los casos se acude al llamado de una persona porque se piensa de manera más que lógica que necesita algo.

La otra razón se encuentra transmitida en juicio a través de la declaración de las menores A.J.O.P. y A.V.R.P., así la primera no la haya brindado al momento en que el señor Juez le interrogó al respecto, ya que existía de por medio un aliciente, un estímulo, en tanto que había un ofrecimiento material, al prometerles juguetes o elementos tecnológicos, y así lo describe la menor A.J.O.P.: *“Me repetía y me repetía todos los días, que me haga tocar mis partes íntimas y que me daba muñecas, tablets o \$ 10.000”*.

Entonces, se insiste en este punto, en aquello que se exige en aras de proteger los derechos de las menores, ya que esta estrategia es de uso muy frecuente en los entornos comunes de los niños, cuando se los motiva para alcanzar logros estudiantiles por ejemplo a cambio de estímulos materiales.

Y si ello era así, y eso explicaría por qué las niñas acudían ante los llamamientos que realizaba el agresor, pese a que ya sabían lo que requería, de ello no se puede derivar su consentimiento, como tampoco por ello se les puede responsabilizar de lo ocurrido ni mucho menos realizar reproches.

Y con razón, una de las recomendaciones planteada en el trabajo escrito desarrollado por la Rama Judicial para manejo de las decisiones judiciales con Perspectiva de Género *“Lineamientos de atención y protección a las mujeres víctimas de violencia sexual para la Rama Judicial”* recomienda: *“Céntrese en las características positivas de la víctima, evitando que aquello*

que considera negativo en la persona lo desenfoque e influya en sus decisiones”³³

Tal recomendación debió seguirse por parte del señor Juez de conocimiento, puesto que resume de una manera práctica para el caso que nos ocupa, lo que el ordenamiento jurídico exige, en cuanto a analizar el contexto de la víctima, eliminando prejuicios y absteniéndose de realizar actos de discriminación.

iv) Duda probatoria

Como quiera que el Juez de primer nivel encuentra dudas en cuanto a la existencia del delito de acoso, en referencia a la persistencia de los actos desplegados por ZP, las que resuelve a su favor, para proferir sentencia absolutoria, pasamos a presentar algunos lineamientos jurisprudenciales que se relacionan con el tema.

En primer lugar, el Órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-289 de 2012, refiere al respecto lo siguiente:

“El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad.”

Así mismo, sobre la temática, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado³⁴:

³³ Página 85

³⁴ CSJ SP 16 Abr. 2015 Rad 43262.

“(ii) La certeza, la duda razonable y el principio in dubio pro reo”³⁵

Según el artículo 5° de la Ley 906 de 2004, “en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (subrayas fuera de texto).

La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquel, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico conforme con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.

En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7°, lo siguiente:

“Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal”.

“En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado”.

“En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”.

“Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (subrayas fuera de texto).

Como viene de verse, en la referida legislación fueron refundidos en un solo precepto, tanto la presunción de inocencia, como el principio in dubio pro reo, íntimamente relacionados con el concepto de verdad al que atrás se aludió.

En efecto, la convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional³⁶ y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

³⁵ Cfr. Sentencia de casación del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28432, entre otras.

³⁶ En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

Impera rememorar que la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal, pues sería contrario a la justicia como valor fundante de las sociedades democráticas que la finalidad del proceso fuera la mentira, la falacia o el sofisma, aserto que es corroborado con el texto de las últimas legislaciones procesales colombianas sobre el tema:

En el artículo 218 del Decreto 409 de 1971 se disponía que para proferir sentencia de condena era necesario obtener “prueba plena y completa” sobre la demostración del hecho y la responsabilidad del autor.

En el artículo 247 del Decreto 050 de 1987 se exigía como prueba para condenar aquella que condujera a “la certeza del hecho y la responsabilidad del acusado”.

En el artículo 247 del Decreto 2700 de 1991 la exigencia probatoria para condenar se circunscribía a la “prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado”.

A su vez en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 se establece que “no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”.

Como viene de verse, es incuestionable que la certeza sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, que a la postre comporta la noción de verdad racional dentro del diligenciamiento punitivo, no es característica exclusiva del sistema procesal penal acusatorio.

En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el

cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”

En esta línea de pensamiento, y conforme al avance analítico que hemos alcanzado, corresponde a la Sala establecer si resulta acertada la conclusión a la que arribó el Juez de primera instancia, para lo cual retomaremos varios de los fácticos que las menores A.J.O.P. y A.V.R.P. dieron a conocer y que fueron corroborados con los testimonios del Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO y el Patrullero CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, ya que como se determinó resultan creíbles en la medida en que las contradicciones aducidas por el juzgador o no existientes o son irrelevantes.

Es importante al respecto tener claro que, así como la verdad racional, la duda también debe tener unas bases objetivas demostradas en el juicio, a la vez que deben brindarse las explicaciones que permitan comprender el camino procesal escogido ya sea para condenar o absolver.

Entonces, al revisar las razones brindadas por el señor Juez cuando deduce que existe duda sobre la existencia del delito de Acoso Sexual, no es muy claro o concreto en explicar si ella se genera en cuanto al espacio de tiempo que mencionan las víctimas ocurrió en aproximadamente dos semanas, o sobre la ocurrencia de las acciones que se endilgan a ZP fueron adelantadas en ese espacio de tiempo o sobre el consentimiento

que pudo mediar por parte de las víctimas, al acatar los llamados de su agresor pese a que ya tenían conocimiento de las intenciones libidinosas.

Ante la falta de concreción, no queda más remedio que revisar todos esos aspectos, a fin de verificar si alguno se consolida y si es lo suficientemente contundente para fraccionar lo probado con la prueba de cargo, al punto de emitir la absolución.

Entonces, en cuanto a lo primero, advertimos conforme a la jurisprudencia, que no se exige para la comisión del delito de un lapso de tiempo determinado, mínimo o específico, no hay límite temporal que se incluya como elemento estructural del ilícito, en tanto que lo que se requiere es la persistencia en las acciones que despliegue el sujeto activo, por lo cual en este caso, independientemente del período de tiempo que haya transcurrido, no cabe duda de que el accionar de ZP fue persistente, lo cual se deduce de varias de las manifestaciones realizadas por la menor A.J.O.P. respecto del comportamiento del acusado, cuando menciona por ejemplo: “...y estaba sentado afuera de la escuela, él se sentaba afuera todos los días...”, y en otro aparte aduce: “Me repetía y me repetía todos los días que me haga tocar mis partes íntimas y que me daba muñecas, tablets o \$ 10.000”. Igualmente de la expresión a la que acude con la sencillez que reflejó A.V.R.P. cuando mencionó pese a la confusión en la que se encontraba, que los hechos ocurrieron durante “ ... hartos días”

Pero además la menor A.J.O.P. fue muy enfática en señalar que el comportamiento del acusado, se dio por un espacio aproximado de dos semanas, en lo cual fue constante, aún ante las preguntas de la defensa, cuando le pedía que aclare sobre el número de veces en que ocurrió el acto y ella explica que acerca

de los requerimientos verbales para que se dejara mirar o tocar sus partes íntimas lo repitió por un período aproximado de dos semanas y que el tocamiento en su cola, ocurrió en una sola ocasión.

Ahora si las dudas las deduce el señor Juez, respecto de la ocurrencia de las acciones desplegadas por ZP, se verifica que este fáctico se desconocería como resultado de eliminar todo poder suasorio de los testimonios de las víctimas, lo cual no es acertado, por las razones expuestas en cuanto a la crítica que realiza sobre las posibles contradicciones y además y fundamentalmente porque la duda surge en el momento en que al señor Juez no le satisfacen o no comprende las respuestas de la menor A.J.O.P. acerca del motivo por el cual acudió ante los llamados del precitado, lo cual se concreta en el argumento explicitado en su interrogatorio cuando aduce “*sigo sin entender*”.

Aplica el señor Juez, la siguiente línea de pensamiento, que no comparte la Sala por las razones expuestas: *Si el acto desplegado por el agresor era negativo y les causaba malestar como lo aducen las menores no es posible que hayan atendido las insinuaciones libidinosas previas, por lo cual se debe descartar la existencia de las mismas.*

Ahora que si esa falta de comprensión o entendimiento no fue superada durante el interrogatorio, en el que olvidó el señor juez varios de los lineamientos y obligaciones que como hemos visto debía aplicar en defensa de los derechos y garantías de las niñas víctimas, pudo superar ese estadio, realizando el análisis probatorio sin fraccionamientos, sino atendiendo el material probatorio en su conjunto, se desprendía del mismo otra de las razones que de alguna forma explican el comportamiento

asumido por las menores, dada la manipulación del adulto a través del ofrecimiento de dádivas pero que no puede utilizarse en contra de las víctimas por la falta de capacidad para decidir sobre su sexualidad.

De paso, se elimina el último aspecto que pudo incidir en la decisión del señor Juez, al considerar que posiblemente hubo un consentimiento o aceptación de las menores respecto del abordaje libidinoso realizado por ZP, ya que aún de existir tal hecho, no resulta aceptable frente a los y las niñas, como elemento para desprender de ello la atipicidad del cualquier delito de connotación sexual.

Concluye la Sala así, que las dudas a que alude el señor Juez no son objetivas o no son contundentes para eliminar la certeza relativa de índole racional que se desprende en cuanto a la ocurrencia del ilícito con base en el material probatorio aportado por la Fiscalía.

Encuentra la Sala también, que si al señor Juez le asaltaron dudas respecto de uno de los elementos del delito de Acoso Sexual en relación a que haya un comportamiento reiterativo o persistente, no brindó ninguna explicación respecto del hecho sobre el cual se acreditó suficientemente su existencia, que corresponde al tocamiento físico de los glúteos de las menores.

Además, porque si en gracia de discusión, se aceptara dicho planteamiento o el relacionado con la inexistencia de unas condiciones de vulnerabilidad de las víctimas ante la presencia de la reja en el establecimiento educativo que aparentemente las protegía; el *A quo* no podía negar ese hecho demostrado relacionado con el tocamiento de los glúteos de las menores así sea de manera fugaz que podría adecuarse a lo previsto en el

artículo 226 del C.P. que tipifica el delito de Injuria por vías de hecho, sin afectar por ello el principio de congruencia en tanto que la acusación se realizó con base en el artículo 210 A del C.P. que fija los límites punitivos entre 1 y 3 años de prisión pero que se incrementan de una tercera parte a la mitad, resultando así entre 16 meses y 54 meses de prisión, límites que coinciden totalmente con la punibilidad del artículo 226 del C.P.

El señor Juez, minimizó el hecho demostrado respecto del contacto físico, al punto que no le mereció ningún análisis sobre su existencia o sobre la responsabilidad del acusado en su comisión, como si estuviese convencido de que una acción de ese tipo no merece el reproche penal, lo cual constituye un criterio inaplicable frente a los derechos de las mujeres en general, ya que implica aceptar que la integridad física de éstas, puede ser objeto de tocamientos de sus partes púdicas así sea de manera fugaz, sin su consentimiento, en cualquier sitio donde se encuentre, como en el servicio de transporte público, en su lugar de trabajo, en las vías públicas, etc. etc..

De haber abordado o avanzado en el análisis del fáctico relacionado con el tocamiento de los glúteos, pudo llegar a la solución planteada por la CSJ, en SP107-2018 7 de febrero de 2018 radicado 49799, cuando explica lo siguiente: *“Sucede, empero, que efectivamente, si consideraba que el delito no lo era el de actos sexuales violentos, sino la injuria por vías de hecho, se hacía factible haber condenado por esta conducta punible, sin que ello afecte el principio de congruencia ni se aprecie que se vulneren el debido proceso o derecho de defensa”*.

Igualmente quedaba superado el obstáculo de tipo procedimental, en relación a el delito de injuria por vías de hecho, ya que al encontrarse de por medio los derechos de

víctimas menores de edad como sucede en el sub judice, no se exige querrela ni el agotamiento de una conciliación, según lo previsto en el inciso 1° del artículo 74 de la Ley 906 de 2004.

Inclusive, si el señor Juez no quería desprenderse de la tipificación relacionada con el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexuales, persistía la ocurrencia de un delito de Acto Sexual con menor de 14 años, en cuanto a la similitud fáctica que se establece con el caso analizado por la Corte en el radicado 30305 de 2008, que como atrás reseñamos, tiene que ver con el hecho en los que una menor de 8 años de edad es abordada por el compañero permanente de su prima, y le introdujo la mano por debajo de los interiores y procedió a tocarle la cola.

Claro está que, por esta vía jurídica, sí habría necesidad de ahondar en la temática relacionada con el principio de congruencia, pero que frente al caso que nos ocupa, no es relevante hacerlo, ya que la Sala acoge la postura por la cual se encausó la Fiscalía al adecuar los hechos al delito de Acoso Sexual, lo cual resulta razonable ante la existencia de una fase previa de acoso, asedio y hostigamiento, además porque desde el punto de vista punitivo es más favorable para el procesado.

Conforme a lo expuesto, la Sala entonces considera que en el caso no persisten las dudas a que alude la primera instancia y por el contrario se acredita la certeza relativa de índole racional que permite determinar la existencia del delito de Acoso sexual.

Con lo anterior, se concreta la demostración de los siguientes elementos del delito:

- La acción desplegada por LFZP, que se consolida en los verbos rectores de acoso, hostigamiento y asedio verbal y físico.
- La persistencia en dichas acciones y la mortificación que con ellas se causó a las menores A.J.O.P. y A.V.R.P.
- La relación de asimetría por la edad
- La falta de consentimiento de las precitadas por su falta de capacidad para decidir sobre su sexualidad.

Y además de los anteriores, y sin lugar a dudas encontramos plenamente demostrado el ingrediente de tipo subjetivo, en cuanto a los fines sexuales pretendidos por el agresor, claramente establecidos por las solicitudes hacia las menores para que le indicaran o se hicieran tocar sus partes íntimas, como así lo explica A.J.O.P. *“Quería que amostráramos (sic) nuestras partes íntimas”*³⁷ y cuando proporciona más detalles al respecto menciona que le decía que se haga tocar la cola, la vagina y los senos.

El objetivo libidinoso del agresor fue concretado y totalmente visibilizado de manera externa con el tocamiento de los glúteos de las menores, que constituye una de las partes púdicas de la integridad física de cualquier persona y que generalmente son también de carácter erógeno, como así se explica en el radicado 30305 de 2008 de la CSJ:

“La “cola” es una zona erógena que despierta reacciones físicas. Se ha entendido por zona erógena “toda parte del cuerpo

³⁷ Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AJOP. Minuto 00:06:38 y ss

*susceptible de ser lugar de una excitación sexual*³⁸. Así mismo se ha destacado que “*aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo...)*”³⁹. Subraya la Sala.

En definitiva, para la Sala se presentan suficientes elementos que permiten diferir de la decisión adoptada por el *A quo*, determinando que en el juicio adelantado en contra de LFZP, la prueba allegada permite adquirir el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y su responsabilidad penal, para proferir en su contra sentencia condenatoria, razón por la cual se procederá a revocar la absolución proferida a su favor.

Dosificación punitiva

Como consecuencia de la decisión que en esta instancia se adelanta, es menester proceder a imponer la pena en concreto, en lo que encuentra la Sala un obstáculo que es necesario superar antes de adelantar el proceso de dosificación punitiva que se requiere, atinente a la incompleta imputación jurídica que se realizó por parte de la Fiscalía, y que fue persistente a lo largo del trámite procesal porque no se adelantó ningún acto de corrección.

Resulta que en el sub examine, desde la formulación de imputación, la Fiscalía mencionó e incluyó en los fácticos que las víctimas del delito de acoso fueron las menores A.V.R.P. y A.J.O.P., pese a lo cual no se tuvo en cuenta el concurso delictual que resulta de la comisión del ilícito respecto de dos víctimas, en tanto que el artículo 31 del C.P. estipula que este

³⁸ MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Sexualidad y derecho, Elementos de sexología jurídica*, Barcelona (España), Hispano-Europea, 1976, pp. 62.

³⁹ *Idem*.

instituto jurídico opera entre otras alternativas cuando el sujeto activo con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias veces la misma disposición.

En la acusación se mantuvo el núcleo fáctico imputado, al igual que el proceso de adecuación jurídica, por lo cual el yerro anotado no fue corregido.

Sale a flote así, la necesidad de establecer si resulta procedente incluir en la pena a imponer el incremento punitivo que deviene del concurso de delitos, sin que se afecte el principio de congruencia.

Para arribar a una solución, corresponde conocer el criterio jurisprudencial que sobre el tema se ha consolidado, para lo cual acudimos al pronunciamiento emitido por la CSJ en el asunto SP3379-2018, 15 ago 2018, rad. 50890, que expone las reglas a tener en cuenta para que el principio aludido no se afecte, en los siguientes términos:

“La Sala de manera reiterada⁴⁰ ha señalado que el principio de congruencia se constituye en una garantía del debido proceso que implica asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación. Se evita así sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción (ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).

Ahora bien, la jurisprudencia ha registrado que el aludido postulado puede ser infringido por vía de acción o de omisión, esto es, cuando el funcionario judicial condena por: (i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, (iii) el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o

⁴⁰ Ver sobre este tema las decisiones CSJ SP6354-2015, rad. 44287 – postura reiterada en las decisiones CSJ SP9961-2015, rad. 43855; CSJ SP5897-2015, rad. 44425; CSJ SP15779-2017, rad. 46965, CSJ SP20949-2017, rad. 45273.

genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de acusación (Ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; del 6 de abril de 2006. Rad. 24668, del 28 de noviembre de 2007. Rad. 27518 y del 8 de octubre de 2008. Rad. 29338).

Sin embargo, la Corte a partir de la sentencia SP, 27 jul. 2007. rad. 26468, explicó que dicho principio no es absoluto, y que por tanto, resulta jurídicamente posible variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, siempre que (i) el nuevo injusto sea del mismo género y con este se favorezca los intereses del procesado; (ii) no se modifique el núcleo fáctico de la acusación, el cual es inalterable e invariable; (iii) el nuevo delito sea de menor entidad y (iv) no se lesionen los derechos de las partes⁴¹.

La línea jurisprudencial evolucionó con relación al primer requisito, esto es, que el nuevo injusto sea del mismo género, para determinar que esa exigencia no es necesaria.

(...)

Por lo expuesto, el juzgador puede alterar la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes.

*En este punto resulta trascendente señalar que si bien el juzgador puede **alterar** la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, siempre y cuando se cumplan las exigencias descritas anteriormente, lo cierto es que no puede **incluir** delitos que no hayan sido objeto de acusación, pues ello se constituiría en una afrenta contra el principio de congruencia, el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción”.*

En el caso que fue objeto de estudio por la Corte, los hechos se relacionan con el ataque de un grupo de personas que utilizando armas de fuego arribaron a un lote baldío situado en la ciudad de Cúcuta, donde varios ciudadanos se encontraban consumiendo estupefacientes y por esa acción proceden a dispararles,

⁴¹ Antes de la sentencia CSJ SP, 16 mar, 2011, rad. 32685 se exigía que el fiscal lo hubiese solicitado en sus alegatos.

produciendo la muerte de tres de ellos, al mismo tiempo que dos logran huir y salvar sus vidas.

Ante tales hechos, y pese a lo evidente de la comisión del delito de homicidio que frente a tres personas se consumó y frente a dos se truncó, la Fiscalía, imputó y acusó, únicamente por el delito consumado excluyendo el tentado.

La falencia anotada fue resuelta por el Juez de conocimiento imponiendo condena también por el delito de homicidio en grado de tentativa, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, al percatarse del trámite mencionado, resolvió admitir la demanda de Casación, para revisar de manera oficiosa la sentencia, estableciendo que se afectó con esa postura el principio de congruencia.

Entonces, haciendo un símil entre lo acontecido en el caso analizado por la Corte y lo preponderante de la línea jurisprudencial que busca garantizar el derecho de defensa del procesado y evitar la imposición de penas por fuera del marco jurídico formulado tanto en la imputación como en la acusación, encontramos que en la situación procesal derivada de la imputación jurídica que se atribuyó a LFZP, no resulta procedente incluir en esta instancia la modalidad concursal, que deviene de la comisión del delito de Acoso Sexual respecto de dos víctimas.

Aclarado lo anterior, se evidencia otra situación jurídica, sobre la cual, sí es factible que se realice una modificación en el proceso de adecuación jurídica, en tanto que se trata de eliminar una circunstancia de agravación que en criterio de la Sala, no opera so pena de quebrantar el principio de *Non bis in ídem*.

Resulta que la Fiscalía acusó a ZP, por la comisión del delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, según las previsiones de los artículos 210 A y 211 numerales 4° y 7° del C.P., teniendo en cuenta para la primera circunstancia de agravación que la conducta se realizó respecto de menores de 14 años y para la segunda circunstancia, la situación de vulnerabilidad por la edad de las menores (9 y 10 años).

Sin embargo, conforme al examen que se adelantó sobre los elementos del delito de Acoso Sexual, se encontró que la condición etaria es la que permite establecer una relación asimétrica entre el acusado y las víctimas, y por ende la situación de vulnerabilidad de las segundas al ser menores de edad, de tal forma que si en este caso, este fue el componente que permitió adecuar los hechos a la previsión del artículo 210 A del C.P., no procede a la vez su inclusión como circunstancia de agravación específica, razón por la cual será eliminada de los cargos endilgados a ZP.

Se pasa en consecuencia a adelantar el proceso de dosificación punitiva con base en lo previsto en los artículos 210 A y 211 numeral 4° del C.P., por lo cual se parte de la punibilidad fijada en la primera de las normas, de 1 a 3 años de prisión, límites que se incrementan conforme a la circunstancia de agravación enunciada, de una tercera parte a la mitad, resultando así entre 16 meses y 54 meses de prisión.

Establecido este ámbito de movilidad, se requiere aplicar el sistema de cuartos, cálculo que se concreta en los siguientes datos:

| Cuarto | Ámbito de movilidad |
|---------------|----------------------------|
| Primer cuarto | 16 a 25 meses y 15 días de |

| | |
|----------------|--------------------------------------------------|
| | prisión |
| Segundo cuarto | 25 meses y 16 días a 35 meses de prisión |
| Tercer cuarto | 35 meses y 1 día a 44 meses y 15 días de prisión |
| Último cuarto | 44 meses y 16 días a 54 meses de prisión |

En seguida, se procede a escoger el rango sobre el cual se concretará la pena, para lo cual se verifica que a favor del sentenciado obra la circunstancia de menor punibilidad prevista en el numeral 1° del artículo 55 del C. P. relacionado con la ausencia de antecedentes penales, en tanto que no se conoce en la actuación elementos que acrediten lo contrario. No concurren además circunstancias genéricas de agravación, lo que nos permite ubicarnos en el primer cuarto mínimo, cuyos topes se fijan como se ve, entre 16 y 25 meses y 15 días de prisión.

Establecido el anterior rango, corresponde revisar aquellos aspectos relacionados en el inciso 3° del artículo 61 del C.P, así:

i) En cuanto a la mayor o menor gravedad de la conducta: se denota en el comportamiento asumido por el procesado, un nivel de gravedad elevado, derivado del número de víctimas, razón que permite incrementar la pena, sin que ello signifique realizar un esguince frente a la omisión de la Fiscalía de incluir lo relacionado con el concurso delictual, ya que de aplicarse el artículo 31 del C.P. el límite punitivo puede ser de hasta otro tanto, lo que significa que perfectamente podía realizarse un incremento de mínimo 16 meses, en cuyo caso ascendería al menos a 32 meses de prisión; lo que no sucede al aplicar simplemente el sistema de cuartos, en el que el incremento máximo únicamente alcanzaría hasta 25 meses y 15 días de prisión.

Igualmente, porque el componente fáctico del cual se deriva el incremento punitivo no sorprende al acusado ni afecta su derecho a la defensa, porque la pluralidad de víctimas constituye una circunstancia que fue ventilada en todas las fases procesales, desde la imputación fáctica, pasando por la acusación, la práctica de pruebas que llevó a juicio el testimonio de las dos víctimas y los alegatos finales.

ii) Sobre el daño real o potencial creado: no se estableció ningún tipo de secuelas derivadas de la ocurrencia del Acoso Sexual, como así lo dio a conocer el Médico Psiquiatra Forense Dr. FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, por lo cual se descarta este ítem como fundamento de incremento punitivo.

iii) En cuanto a la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, no se encuentra ningún elemento adicional que permita realizar un aumento de la pena.

iv) Sobre la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, tampoco encontramos puntos que sirvan de base para elevar la pena.

v) En relación a la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, se pudo constatar que el procedimiento de judicialización inicial, no generó un escarmiento para que el acusado cambiara su comportamiento, cuando la menor A.J.O.P. da a conocer que ZP continuó con su hostigamiento, al ofrecerle nuevamente dinero (monedas), cuando ella jugaba con sus hermanos cerca a la capilla. Es decir que el precitado no cambió de actitud para con la menor.

Igualmente, su comportamiento hace inoperantes las medidas preventivas impuestas de manera acertada a solicitud de la

Fiscalía en las audiencias preliminares, cuando se le prohibió cualquier acercamiento hacia las víctimas, lo cual no cumplió.

Razones que nos llevan a realizar un incremento del monto mínimo de la pena, de 4 meses, con un resultado punitivo definitivo de **VEINTE (20) MESES DE PRISION.**

Por otro lado, conforme a los artículos 43, 44 y 52 del C.P. procede la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período de la pena de prisión, en el período es decir **VEINTE (20) MESES.**

Establecido lo anterior, se revisa lo relacionado con el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustitutivo de prisión domiciliaria, sobre los cuales se establece su improcedencia, dada la prohibición expresa regulada en el artículo 199 del CIA en concordancia con el artículo 68 A del C.P.

Principio de doble conformidad

Habida cuenta de la decisión que en esta instancia se adopta en el sentido de proferir sentencia condenatoria revocando la de primer nivel que era de carácter absolutorio, la Sala debe acoger como ya lo hizo en anterior oportunidad⁴² aquellas “Reglas Provisionales” fijadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 3 de abril de 2019 radicado 54215, y publicitadas mediante “Comunicado 05 del 9 de abril hogaño”, que tienen como finalidad garantizar la “impugnación especial”, en virtud de lo cual se adoptará el trámite correspondiente.

⁴² T. Superior de Pasto. 15 de mayo de 2019. NI, 24572. MP. Franco Solarte Portilla

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero a tercero de la parte resolutive de la sentencia impugnada, proferida por el señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, los cuales serán del siguiente tenor:

PRIMERO: CONDENAR a LFZP, de notas civiles conocidas en la actuación, a la pena principal de **VEINTE (20) MESES** de prisión, como autor responsable del delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, conforme a lo previsto en los artículos 210 A y 211, numeral 4° del C.P.

SEGUNDO: IMPONER la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

TERCERO: Conforme a lo previsto en los artículos 199 del CIA y 68 A del C.P., **NO SE CONCEDE** el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como tampoco el sustitutivo de prisión domiciliaria.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior **GÍRESE ORDEN DE CAPTURA**, en contra de **LFZP**, de notas civiles conocidas en la actuación.

TERCERO: Una vez alcance ejecutoria esta sentencia, se librarán las comunicaciones de rigor ante las entidades e instituciones correspondientes, según lo dispuesto en el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

CUARTO: En firme el fallo se dispondrá el envío del expediente al Juzgado de Ejecución de Penas de esta ciudad, para lo de su cargo.

QUINTO: Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede la impugnación especial para los procesados y/o sus defensores y el recurso extraordinario de casación para el resto de sujetos procesales.

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

SEXTO: REQUERIR y oficiar en ese sentido, al señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, para que se incluya en el Plan de Formación de Perspectiva de Género, que se adelanta en la Rama Judicial, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en el Auto 733 de 2017 y la sentencia de tutela T 388 de 2018

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ

Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA

Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ

Secretario

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto

Sala de Decisión Penal

SALVAMENTO DE VOTO

San Juan de Pasto, agosto dos (02) de dos mil diecinueve

(2019)

Con el consabido respeto por el pensamiento distinto, de manera cordial expongo las razones que me llevan a apartarme de las consideraciones y

decisiones asumidas en este asunto por la Sala mayoritaria, siendo su Magistrada Ponente la Doctora Blanca Lidia Arellano Moreno:

Empiezo por decir que ningún reparo tengo en cuanto a la inclusión en la providencia de criterios con perspectiva de género, prevalencia de los derechos de los menores de edad e interseccionalidad, en tanto lucen atinados y oportunos frente a un caso cuya complejidad lo amerita. No es la primera vez que la Corporación ha tenido que acudir a esas fuentes, en particular en asuntos donde mujeres menores de edad con evidente estado de vulnerabilidad han sido víctimas de vejámenes sexuales o de otra clase de violencia, pero además, no han recibido la indispensable asistencia institucional como corresponde⁴³.

No será necesario ahondar entonces al respecto, porque allí no radican las razones de mi disenso. No obstante se impone retomar en este momento algunas advertencias consignadas por el Tribunal en un caso donde el suscrito magistrado fungió como ponente y en el cual de igual manera para la justeza de la decisión se tuvo la necesidad de incursionar en las aludidas temáticas; esto se dijo en aquella ocasión:

“Sin embargo, el hilo del discurso expuesto a lo largo de este acápite exige hacer una advertencia: esa postura que enviste al juez no solamente de la potestad sino del deber de adelantar en su ejercicio funcional una hermenéutica con proyección constitucional, no puede caer en los terrenos movedizos del extremismo, por un apego irreflexivo y a ultranza a la retórica, pues lo impiden unas barreras infranqueables avizoradas en institutos jurídicos concebidos asimismo como supremas garantías que dotan de legitimidad, para el caso de las actuaciones penales, a quienes en representación del Estado deben ejercer el ius puniendi.

⁴³ Ver entre otras, radicados N.I. 17065 del 3 de abril de 2009; 10126 del 6 de octubre de 2017; 14236 del 31 de marzo de 2017; y, 10388 del 29 de marzo de 2017.

En vía de ejemplo, cabe citar aquí el referente constitucional del artículo 29, el cual fija pautas de inexorable observancia en desarrollo de procesos judiciales y administrativos y que se condensan en un principio de igual linaje superior, cual es el de debido proceso. En ese orden de consideraciones, para darle alcance práctico a esa teoría, no podría la Judicatura en este caso con excusa en estar amparando el derecho de la niña, inadvertir el valor suasorio de las pruebas aducidas legalmente a la actuación, si las mismas no apuntalaran la persuasión sin duda de la responsabilidad penal del acusado; o aún más cercano al tema que es ahora mismo materia de análisis, condenarlo por la comisión de acceso carnal violento, así poseamos el convencimiento de su ocurrencia, si por ese injusto no fue convocado a juicio y porque lo impide el principio de congruencia y el de la prohibición de la reforma peyorativa”.⁴⁴

Y aunque parezca básico decirlo, ningún ejercicio hermenéutico, así esté alentado por las mejores intenciones, puede pasar por encima de conceptos fundamentales como aquellos concebidos en la más pura dogmática penal como estructurales de la conducta punible, como aquellos que pacíficamente pregonan que nadie puede ser destinatario de la represión estatal, sino se le ha confirmado, sin lugar a dubitaciones, que ejecutó un comportamiento penalmente típico, que devenga formal y materialmente antijurídico y que haya sido realizado con culpabilidad.

Por razones obvias, no es del caso detenerme en elucubraciones dogmáticas que definen cada uno de esos elementos estructurales, pero sí por fuerza mencionar, con la brevedad que lo amerita, que por virtud del artículo 10 del Código Penal, como fundamental garantía de libertad y seguridad,⁴⁵ solamente pueden ser materia de represión punitiva aquellos comportamientos que con absoluta precisión hayan sido dispuestos por el legislador como delictuosos, y de la mano de la jurisprudencia alertar que:

⁴⁴ Tribunal Superior de Pasto, Sala de Decisión Penal, sentencia del 3 de abril de 2019, radicado N.I. 17065

⁴⁵ Ver Arboleda Valle Mario y Ruiz Salazar José Armando, Manual de Derecho Penal, Décima Primera Edición, Bogotá, Leyer, página 153 y siguientes.

“(...) la responsabilidad penal que se atribuye a un sujeto determinado, comienza por el proceso de adecuación típica, el cual dicho en otras palabras, es un juicio de tipicidad por parte del operador jurídico. Desde luego, debe considerarse que el funcionario judicial, debe hacer la interpretación de los tipos penales en forma estricta, lo cual significa que no lo está permitido hacerla en forma extensiva o restringida.

En síntesis, la determinación de los tipos penales implica el señalamiento de los elementos que estructuran el tipo penal, que indican que es esa y no otra la conducta que de manera objetiva, da lugar a una sanción penal. Por consiguiente, siempre será el orden restrictivo, en cuanto limita el poder punitivo del Estado”.⁴⁶

De otro lado, sabido es que nuestro sistema de justicia penal está construido sobre las bases del principio de legalidad, de modo que los delegados de la Fiscalía no están exentos de respetarlo, así ciertamente se les haya confiado la titularidad de la acción penal, por el contrario, tal ejercicio solamente está legitimado en la medida en que haya cabal observancia de los postulados legales. Así de ese modo fue explícitamente consignado por la Corte Constitucional:

“(...) el Fiscal, en ejercicio de esa facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda a la ley preexistente”⁴⁷. (Negrillas fuera del texto original)

Ahora que, ya en el abordaje particular de cada caso, con todo ahínco ha sido advertido que en principio debe ser respetado el criterio de los fiscales en punto de determinar la adecuación típica de la conducta que investiga, con la advertencia de que vedado está a la judicatura cuestionar tal ejercicio de subsunción, bajo riesgo de incursionar en escenarios funcionales que no le competen, y solamente por excepción y en eventos de palmaria agresión a los derechos fundamentales, los jueces pueden encontrar legitimada alguna intervención. Veamos:

“Se debe respetar la iniciativa de la Fiscalía en la imputación en lo que atañe al supuesto fáctico, así como las actuaciones que

⁴⁶ C-996 de 2000

⁴⁷ C-1260 de 2005

*sobrevengan como consecuencia de ello, por tanto comunicados los hechos y la atribución jurídica, sobre ésta última **excepcionalmente el juez hará control material para restablecer garantías constitucionales groseramente desconocidas, como cuando se vulnera la estricta tipicidad en un allanamiento o preacuerdo o en un juicio ordinario en el que un error en el nomen juris conlleva a una solución absurda y por ende agravia en sus garantías a partes o intervinientes, verbigracia se expresan pretensiones por estafa cuando indiscutiblemente se trata de un peculado o se pide condena por concierto para delinquir en situaciones exclusivas de una rebelión, o arbitrariamente se desconoce una circunstancia de agravación, etcra.***⁴⁸ (Resaltado fuera del texto original)

Que la Corte Suprema de Justicia haya dejado sentado en consolidada y uniforme jurisprudencia, según lo ya visto, que en materia de adecuación típica de los hechos por regla general debe ser respetado el criterio que sobre el punto tenga la Fiscalía, se explica claramente en la composición orgánica del sistema penal acusatorio donde a los delegados de dicho organismo se les ha encomendado la titularidad de la acción penal, ello sin desconocer que desde el punto de vista práctico, son los fiscales los concedores de las intimidades que ofrecen los medios de conocimiento recolectados y en esa línea, pueden otorgarle la dirección jurídica que debe dársele al asunto.

Pero además, hay que admitir que en esa regla general está inmerso un encargo que hunde raíces en la más profunda concepción constitucional basada en el principio de confianza legítima y buena fe, de conformidad con los cuales, se espera que los funcionarios públicos orienten su actividad con el mayor compromiso social y dispongan de sus competencias en procura del cumplimiento de los fines estatales.

Es lo cierto sin embargo, que la consecuencia natural y obvia que deviene de una equivocada adecuación típica de los hechos investigados,

⁴⁸ CSJ STP, 20 may 2014. Rad. 73555.

irremediablemente conlleva a la absolución, porque la sistemática penal exige al delegado del ente acusador llevar al juez los elementos probatorios necesarios y suficientes con los que pretende destronar la presunción de inocencia del acusado y obtener, en nombre del Estado, una condigna sentencia condenatoria, con el indefectible ingrediente de la certeza, concebida ésta en la convicción más allá de la duda.

No resulta jurídicamente tolerable entonces, proferir condena por unos hechos que no encajan en los trazos descriptivos del tipo penal que fue escogido por la Fiscalía cuando optó por la decisión de convocar a juicio.

Es momento ya de decir, según con respeto lo pienso, que la Fiscalía equivocó su tarea de adecuación típica del comportamiento que investigó, porque consideró erradamente que los actos ejecutados por el acusado en este asunto encajan en el texto descriptivo del artículo 210 A del Código Penal, que lleva epígrafe de “*acoso sexual*”, y que con fundamento en el descubrimiento de ese yerro, el Tribunal debió, aunque por razones bien distintas a las esbozadas en primera instancia, confirmar la absolución.

Esta postura que hoy sustento no es nueva, porque ya en ocasiones pretéritas me he permitido sostener, cuando a la Corporación arribaba para su examen, como algo parecido a una avalancha, la revisión de la legalidad de unos preacuerdos en cuyos contextos la Fiscalía, en aparente manifestación unilateral, decidía degradar la conducta claramente constitutiva de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, precisamente a acoso sexual. Para honrar la fidelidad de lo otrora dicho, útil desde luego para el ejercicio que en esta oportunidad realizo, me permito reproducir esos apartes atinentes:

“Se impone advertir que la Fiscalía en este asunto se ha mantenido consistente en cuanto concierne al recuento de los hechos desde que ocurrió la audiencia de formulación de imputación, por lo que ciertamente no puede hablarse de que con la suscripción del preacuerdo hubo variación respecto al núcleo fáctico. Pero justamente es ese consolidado e invariable relato el que permite establecer, ya se dijo sin mayores exigencias intelectuales, que la adecuación jurídica postrera que intempestivamente le vino a dar a esos sucesos resulta ser no solamente palmariamente equivocada, sino reveladora de una intención destinada al favorecimiento al procesado de unos beneficios que por ley están explícitamente proscritos.

Vamos por partes. Con sometimiento a la sola lectura de la relación fáctica que de siempre viene haciendo el órgano persecutor –venciendo así la tentación de dar lectura a las piezas investigativas que fueron anexadas- se tiene por cierto que aprovechando la oportunidad ofrecida por la ausencia de su esposa, el señor J. G. B. B. llevaba en sus brazos a indefensas niñas que no pasaban los 4 años de edad, en donde luego de despojarlas de su ropa, desnudarse él, procedía a darles besos y practicarles tocamientos en su cuerpo, particularmente en la vagina, pero además les frotaba en ese mismo sitio su pene.

Nadie que sea letrado, pero ni siquiera los profanos osarían en negar que esos comportamientos de suyo develan sin la menor dubitación la ocurrencia de un abuso de contenido evidentemente sexual ya consumado. Desde el punto de vista jurídico, de adecuación típica, no tiene discusión que estamos en presencia de un delito de actos sexuales perpetrado en contra de unas menores de edad, si por menos que esto el Tribunal ha condenado o ha convalidado sentencias emitidas en primera instancia⁴⁹.

⁴⁹ Son numerosas las decisiones que la Colegiatura ha emitido al respecto, pero en guisa de ejemplo se citan los siguientes radicados: 4677 del 5 de septiembre de 2011, 6985 del 29 de noviembre de 2012, 16003 del 3 de noviembre de 2016 y el más reciente, 9251 del 23 de febrero de 2016.

No hay aquí entonces vacilaciones que pudieran legitimar la potestad que los delegados de la Fiscalía poseen y que nadie desconoce en la estructura del sistema acusatorio para adelantar el proceso de subsunción de lo fáctico en la norma legal de tipificación. En el momento en que el hoy acusado les manipuló o frotó su pene en los genitales, ya las vejó sexualmente, abusó de ellas, quedó ejecutado y consumado sin la menor discusión el delito contemplado en el artículo 209 del Código Penal; del mismo modo que si las hubiese accedido, habría incurrido en el tipo del artículo 208 ibídem.

La variación hacia el acoso sexual resulta tan grosera como inexplicable. B. B. alcanzó a saciar su deseo sexual con las menores y lo hizo tocándolas lascivamente; pero si como se propone en el preacuerdo esas actitudes no son más que el preámbulo de un propósito mayor, el medio para alcanzar un fin sexual de mayor connotación, resulta absurdo, injurídico e injusto categorizar solamente la penetración como delictuosa, desconociendo que el legislador también previó que perpetrar actos distintos al acoplamiento con menor de edad resultan asimismo punibles.

Adicionalmente, cómo podía sostenerse sin esperar reproche, que tocar a una niña de esa forma tiene como objetivo el de lograr un fin sexual distinto al ya consumado, si el acoso sexual supone la preexistencia de la plena capacidad de decisión en la víctima de poder resistirse a ese innoble propósito, y bien se sabe que las personas que aún no han alcanzado la edad de los 14 años se presumen, de lege data, incapaces de dirigir el rumbo de sus decisiones respecto a su sexualidad, vale decir, por virtud de su inmadurez psicológica carecen de la voluntad para decidir.

(...)

La fuerza de una información que devela la ocurrencia de unos comportamientos constitutivos de un abuso que no pueden sino encajar en los actos sexuales abusivos con menor de 14 años, es que hace ver unas explicaciones que a la luz de la lógica resultan claramente deleznable. Primero, porque se aduce que los tocamientos perpetrados por el acusado a las niñas –se dice que son 2, aunque todo indica que son muchas más- son solamente superficiales; como si el mentado tipo penal para alcanzar estructura exigiere profundidad en los tocamientos; o como si frotar el pene en la vagina de las impúberes, manosear sus genitales y hacer variedad de manipulaciones lascivas fuesen actos superficiales. Ya se dijo supra, más profundo que eso no sería sino el acceso carnal y ese es ya otro delito. Con aquella novedosa postura, se ha formado una ingeniosa proposición dogmática con la cual, hay que decirlo así, el punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años desaparecería del panorama jurídico penal”.⁵⁰

Sin desconocer evidentes diferencias del caso que da cuenta la cita acabada de traer a colación con el que ahora nos concita, existe un rasgo incontestable de similitud, avistado en que en ambos el sujeto activo de la conducta ejecutaron actos sexuales consumados, aquí, tocando a las niñas en sus glúteos, como lo afirma la prueba recaudada en juicio y atinadamente valorada en segunda instancia, en especial cuando deriva la connotación lasciva de ese episodio, si en cuenta se tiene que esa parte de la anatomía humana se erige sin controversia como una insoslayable zona erógena⁵¹.

Debo decir que algunos pasajes de la sentencia de la que con comedimiento me aparto, admite que el comportamiento que se juzga puede tener cabida descriptiva en la tipificación de otros tipos penales. Ello quedó plasmado cuando

⁵⁰ Salvamento de voto dentro del radicado N.I. 8430, del 8 de febrero de 2018

⁵¹ Página 79 de la sentencia

en el fallo se reprende al señor Juez sentenciador por haber omitido el episodio insoslayable de los tocamientos en dichas partes a las menores, que al menos le imprimían el deber de verificar la correspondencia típica con otros punibles, como el de injuria por vías de hecho, como así explícitamente se dijo, o, precisamente el de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, que en su juicio y atendiendo el relato fáctico, también podría estructurarse.⁵²

Al respecto caben algunas precisiones: esas consideraciones que hace la Sala mayoritaria se explican solamente -aunque no se lo haya dicho de manera explícita-, en el entendido de que el accionar del acusado quepa simultáneamente en los trazos descriptivos de dos o más tipos penales, abriéndose paso la hipótesis del concurso material ora aparente de delitos. Pienso que tales conclusiones no son de recibo aquí, por lo que con brevedad paso a exponer:

Si se trata de examinar la posibilidad concursal con el delito de injuria por vías de hecho, el examen arroja que lejos de notarse elementos de confluencia en los textos de los dos punibles, más bien se avizora un rechazo, no más acudiendo a las reflexiones jurisprudenciales que descartan considerar la adecuación típica el delito mencionado al principio, porque cuando contra una menor se evidencian actos de contenido sexual, no puede decirse que hay afrenta en contra del honor de la víctima, sino que aflora ofensa contra el bien jurídico que protege el interés de la libertad, integridad y formación sexuales; veamos:

“(...) En condiciones semejantes, pretender degradar la conducta imputada hacia un delito de injuria por vías de hecho, conforme lo plantea el censor, resulta desconocedor del juicio de tipicidad directo, inmediato y completo o pleno, por afectación de la libertad, integridad y formación sexuales, que elude cualquier alternativa en este sentido y rechaza por ende la especulación tendiente a sostener una aparente concurrencia de

⁵² Páginas 75 a 79 de la sentencia

menoscabo a la integridad moral de la menor que en este caso no tiene cabida considerado el carácter eminentemente sexual de la conducta enjuiciada.

En este caso surge claro que el comportamiento llevado a cabo por el acusado no tuvo finalidad distinta a satisfacer su concupiscencia, es decir, su connotación erótico sexual.

A propósito, la Sala ratifica el criterio expuesto a partir de la sentencia de 5 de noviembre de 2008, radicado 30305, en el sentido de que cuando se hace objeto a un menor de edad de tocamientos en sus partes íntimas, besos en la boca o actos similares, ese tipo de comportamientos no atraen el calificativo de injurias de hecho, porque es claro que con ellos se persigue afectar la integridad sexual del perjudicado, quien por sus mismas condiciones de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos”.⁵³

Por manera que, asoma como acorde con el principio de tipicidad estricta la estructuración en este asunto del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, comoquiera que quien funge como procesado perpetró tocamientos a dos menores de ese rango etario en una parte erógena sin discusión, develando por lo demás estímulo claramente lascivo, como alcanzó a otearlo la Sala mayoritaria.

Quedaría por absolver si entonces estamos frente a un concurso aparente de tipos, porque la prueba devela que no solamente el encartado ejerció maniobras de contenido sexual en contra de las víctimas, cuando las tocó en sus glúteos, sino que además perpetró acciones consistentes en “molestias y hostigamientos” en contra de las niñas, eso sí con el fin de lograr los fines eróticos descifrados sin dificultad. Ergo, estaríamos en presencia de un delito consumado, el de acoso sexual, y otro igualmente perfeccionado, que es el de actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

En la más pura ortodoxia jurídica, frente a esa hipótesis, lo que habría de esperarse es una acusación y luego una eventual condena, por la comisión en

⁵³ CSJ SP, 16 mayo 2012, Rad. 34661. En similar sentido CSJ SP, 24 oct 2016, Rad. 5269

concurso de los dos punibles. O quizás con mayor aceptación en el ejercicio de subsunción estemos frente a un caso de concurso aparente, donde el segundo de los delitos, que es el de actos sexuales abusivos, por el principio de consunción se imponga al de acoso sexual. Pero toda vez que no fue objeto de acusación, se imponía la barrera de poder emitir condena por aquel ilícito, aunque en el manejo dogmático, en principio permitiría que se lo haga por éste, bajo el sustento de considerar que la conducta en cuestión cabe enmarcar en las dos descripciones típicas y ello implica que cualquiera de ellas pueda estar sujeta al reproche penal sin lastimar el principio de *tipicidad estricta*.

Esta última tesis ha sido considerada como factible por el suscrito magistrado, cuando siendo ponente en un caso que ameritaba tal estudio expuso lo siguiente:

“De vuelta a lo sucedido en la presente actuación, sin vacilaciones venimos pregonando que la correcta adecuación típica para el comportamiento del acusado tiene marco en el artículo 205 del Código Penal, por cuanto la prueba es indicativa de un acceso carnal mediante violencia, por lo menos, con la circunstancia agravante del numeral 5º del artículo 211 debido a que la víctima no había cumplido para ese entonces los 14 años de edad. Empero, en correspondencia con lo que se viene exponiendo, el injusto acabado de referir en puridad no descarta la comisión del otro por el cual fue convocado a juicio el procesado, es decir el previsto en el artículo 208 ejusdem, que lleva epígrafe de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Con más precisión diremos que naturalísticamente hablando, la conducta en cuestión cabe al tiempo en los trazos descriptivos de los dos aludidos tipos penales, pero que no resulta jurídicamente posible pregonar la ocurrencia de un concurso ideal de delitos, pues claramente se excluyen, abriéndose paso

entonces la convicción de estar en presencia de un concurso aparente. Comoquiera que el primer tipo mencionado contiene elementos de mayor gravedad que el segundo, aquél en rigor debería ser objeto de punición y no éste que quedaría subsumido, siguiendo las reglas del principio de consunción atrás referido.

Ahora bien, debe iterarse, que el ente instructor haya pasado por alto episodios fácticos de tal palmaria verificación, no significa que erró irremediablemente en su misión institucional de propulsar una decisión judicial condenatoria en la forma como lo hizo, merced a que, en rigor, investido de la potestad que constitucionalmente tiene de diseñar los términos de la acusación, prometió probar la autoría y responsabilidad del encartado por determinado delito, el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, y en efecto cumplió su promesa, porque a juicio penal llevó un haz probatorio que a esa convicción indubitada permitió a la Judicatura arribar”.⁵⁴

Sin embargo, la situación en este asunto es diferente. En el caso referido en antecedencia, se concluyó sin duda que el comportamiento del implicado ostentaba cabal acople con el texto de dos tipificaciones penales, pero que no podría hablarse de un concurso material porque por el principio de consunción, uno quedaba subsumido en el otro, ergo, el concurso era solo aparente. Mas, como de todas maneras había superado el juicio de tipicidad, concluimos, nada impedía condenar por el delito que fue debidamente probado y fue objeto de acusación, aunque otro punible también albergaba en su contenido la conducta juzgada, no susceptible ésta de reproche penal, porque de hacerlo estaría siendo conculcado el principio de congruencia.

Y se sostiene en esta oportunidad que el *sub lite* no tolera la misma determinación, porque a diferencia del caso decidido otrora, el que hoy nos

⁵⁴ Tribunal Superior de Pasto, Sala de Decisión Penal, sentencia del 3 de abril de 2019, radicado N.I. 17065

ocupa no muestra con la necesaria certidumbre la ocurrencia de ningún tipo de concurso de delitos, porque en mi sentir cabe pregonar la tipicidad de tan solo uno, ninguno distinto al dispuesto en el artículo 209 del Código Penal, este es, el de actos sexuales abusivos con menor de catorce años.

Admito que una mirada desprevenida al texto del artículo 210 A al cotejo con el comportamiento ilegal desarrollado por el sujeto activo, daría a pensar que ciertamente se estructura el acoso sexual, por aquello de que dicho ciudadano no solamente manipuló físicamente una parte erógena de las menores, sino que además prevalido de su condición de superioridad por ser mayor de edad, desplegó actitudes hostigantes hacia sus víctimas, con ofrecimiento de dádivas y peticiones libidinosas, propias ellas de la tipificación que se pregona. Pero no puede ser soslayada una circunstancia determinante para la configuración del reato, relacionada con la demostración de un fin específico que alienta el censurado despliegue comportamental, cual es la búsqueda de la eliminación de la resistencia de la víctima para tener acceso a una satisfacción lasciva.

Tal condicionamiento típico no puede pasar desapercibido. Con respeto pienso que si la norma en comento incluye para su estructuración un ingrediente subjetivo, cual es la intención del agente de doblegar la resistencia del sujeto pasivo para lograr un propósito sexual -cualquiera que sea porque la norma no lo determina-, entonces deviene en un imposible que tal propósito pueda lograrse atacando una voluntad inexistente, porque por ley se presume que las personas menores de catorce años, por inmadurez psicológica, carecen de la posibilidad de expresar en cualquier sentido su voluntad en cuanto a la definición de decidir respecto al ejercicio de su sexualidad.

Siendo así, cualesquiera de los verbos alternativos dispuestos en el artículo 210 A solamente tendrían cabida en la medida en que vayan dirigidos a una persona

que esté en condiciones naturales de disponer de su voluntad, que no a una menor cuya incapacidad de decisión se presume, sin posibilidad de ser rebatida por la aducción de prueba en contrario.

Ahora bien, aunque con una lectura rápida de las circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 211 del Código Penal, que hacen referencia a “disposiciones comunes a los capítulos anteriores” podría pensarse que es factible jurídicamente hablando que el acoso sexual pueda darse en contra de una persona menor de catorce años, porque en el numeral cuarto se sanciona con mayor severidad a quien adelante o ejecute comportamientos abusivos teniendo como víctima a un impúber, lo cierto es que una apreciación así es discutible, pues no todas las causales de agravación operan necesariamente para todos los tipos que conforman el Título IV, sino para aquellos que fenomenológicamente lo permiten; por ejemplo, la agravante relativa a la contaminación de enfermedad de transmisión sexual por razones naturales muy difícil es que se estructure en los eventos justamente del acoso sexual.

Quiere con ello decirse que no puede inferirse inexorablemente del hecho de que nominativamente el Estatuto Penal haya dispuesto como disposiciones comunes a los delitos contra la integridad y formación sexuales circunstancias de agravación como la de perpetrarse el punible sobre un menor de edad que el acoso sexual pueda recaer sobre ese grupo etario de forma irremediable, pues ello depende más bien de que la estructura propia del reato lo permita.

En esos contextos, concluyo, por más que nos resulte triste, para el caso *sub examine* no quedaba alternativa que la de absolver al procesado por el delito de acoso sexual por el cual fue convocado a juicio, sin posibilidad de una condena por el de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, pese a que es este último injusto el que asoma cometido, pero que por infortunio no fue concebido en la acusación.

Con estos respetuosos planteamientos dejo sentado mi salvamento de voto.

Con consideración,

Franco Solarte Portilla
Magistrado