

FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – Le corresponde a la Fiscalía General de la Nación definir la acusación, escogiendo en los tipos penales establecidos con correspondencia a la situación fáctica ocurrida, teniendo en cuenta todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar; lo cual permitirá que la defensa pueda desarrollar en forma eficaz su derecho de contradicción.

CALIFICACIÓN JURÍDICA – VARIACIÓN: El componente jurídico es variable no así el componente fáctico.

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – CONGRUENCIA FLEXIBLE: Al ser la calificación jurídica provisional se puede variar por cualquier tipo penal dentro del código, lo fundamental es que se respete el núcleo fáctico, que sea un delito de menor entidad y las partes hayan tenido la posibilidad de contradicción, lo cual no afecta la Congruencia.

USO DE LAS DECLARACIONES ANTERIORES INCONSISTENTES CON LO DECLARADO EN JUICIO COMO MEDIOS DE PRUEBA - Requisitos para su admisibilidad y valoración.

RETRACTACIÓN - Valoración del testimonio – Análisis comparativo entre las diferentes versiones y en conjunto con el material probatorio obrante dentro del proceso.

SENTENCIA CONDENATORIA – Requisitos.

Hay lugar a proferir sentencia condenatoria en contra del procesado, pues pese a que el ente acusador se equivocó al efectuar la adecuación típica, existe una situación fáctica que ha resultado inalterable, que desde la formulación de imputación se ha mantenido y que denota la existencia de una situación irregular que afecta el desarrollo sexual de los menores, lo cual hace factible que, sin vulnerar el Principio de Congruencia al darse los presupuestos para ello, la calificación jurídica pueda con los medios probatorios legalmente aducidos al debate oral, enmarcarse en otro comportamiento, en tanto no es posible adecuar los hechos a la estructura del artículo 208 del Código Penal pero si respecto del artículo 209, el cual abarca comportamientos diferentes al acceso carnal que pueda ser sujeto pasivo un menor, tal como ocurre en el presente asunto donde las víctimas no fueron accedidas, pero si convencidas, persuadidas de realizar prácticas sexuales no apropiadas para su edad; situación que no afecta el derecho de defensa del procesado por cuanto se ha permitido realizar la contradicción en ejercicio de sus derechos y garantías y no puede decirse que se lo ha sorprendido con la condena por un hecho diferente.

Condena a la cual se llega, pues no obstante los testigos de cargo se retractaron de sus dichos y en tanto se cumplen los requisitos es procedente la admisión como prueba de los documentos que contienen las declaraciones anteriores y que resultan inconsistentes con lo que han declarado en juicio, determinándose que las últimas versiones no son creíbles y que valoradas en conjunto con el restante material probatorio debatido, se adquiere el conocimiento más allá de toda duda razonable respecto de la materialidad del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	:	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	:	526786000531201500028
Número Interno	:	19674
Conducta Punible	:	Acceso Carnal Abusivo con menor
Sentenciado	:	GAMB
Decisión	:	Revoca Sentencia
Aprobado	:	Acta N° 32 de 28 octubre de 2019

San Juan de Pasto, treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve
(Hora: 09:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Debe la Sala entrar a estudiar el recurso de apelación que dentro de la oportunidad legal formuló y sustentó el representante del ente instructor en contra de la providencia emitida el 17 de noviembre de 2016 por medio de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego (N), absolvió de los cargos presentados en su contra al señor GAMB.

1. Los hechos

Del recuento fáctico expuesto en el escrito de acusación, mismo que se basa en la denuncia presentada en el caso y las valoraciones psicológicas efectuadas sobre los dos menores víctimas, se tiene lo siguiente.

Los gemelos BDMB y HRMB, de doce (12) años de edad, para el año 2014, mantenían una relación cercana con el procesado dada su condición de docente. El primero, relata que MB solía gastarle cosas y pagar sus deudas en la tienda y que en una oportunidad se quedó a dormir en su casa despertando desnudo. Agrega que en aproximadamente cuatro oportunidades sostuvo relaciones sexuales con el procesado, pero que era él quien se encargaba de efectuar penetraciones vía anal a su docente, en tanto que éste se masturbaba. El segundo, por su parte señaló que en una oportunidad accedió a penetrar vía anal a su profesor, a cambio de dinero.

2. Antecedentes procesales y providencia impugnada

2.1. El tres de marzo de 2016, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sotomayor se solicitó orden de captura en contra de GAMB, y concedida, se hizo efectiva en la misma calenda.

En el mismo despacho judicial se adelantó la audiencia de formulación de imputación, oportunidad en la que se formuló cargos por el delito contenido en el artículo 208 del C.P., atinente a la conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, oportunidad en la que no se aceptó la conducta punible.

El 6 de mayo de 2016 se radicó escrito de acusación¹, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego, Despacho Judicial que avocó el conocimiento y fijó como fecha para la realización de la audiencia de formulación de acusación el 27 de mayo de 2016²; fecha en la que en efecto se realizó acusando al procesado como responsable de la conducta contenida en el artículo 208 del C.P., y se fijó el 21 de junio de 2016 como día para la realización de la audiencia preparatoria³.

Tras algunos aplazamientos, la última diligencia en mención finalmente se llevó a cabo el 7 de julio de 2016⁴, en tanto que la audiencia de juicio oral tuvo lugar entre los días 11 de agosto, 1 de septiembre y 5 de octubre de 2016⁵, siendo que en la última oportunidad se anunció un sentido de fallo absolutorio.

¹ Folios 1-6

² Folio 7

³ Folios 11-13

⁴ Folios 35-38

⁵ Folios 40-41, 55-60, 65-67

2.2. En la providencia apelada⁶, de la cual se dio lectura el 17 de noviembre de 2016, el *a quo* luego de recordar los fácticos del asunto, los antecedentes de la actuación y efectuar la individualización del procesado, sentó las consideraciones del caso.

En el punto, comenzó por hacer alusión a la postura asumida por las partes, para pasar a hacer una valoración jurídica de la prueba con el fin de responder los cuestionamientos de las partes intervinientes.

Así, indicó que la realidad nacional y la modernización del Estado exigen que el derecho penal sea en esencia garantista y protector de los derechos fundamentales, señalando que el principio rector es el de la dignidad humana.

Seguidamente trae a colación el artículo 7 inciso 4 y el artículo 381 del C.P., con el fin de recordar que para condenar se requiere de un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio oral y público. Además, señala que conforme al contenido del artículo 9 de la misma normativa, para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable.

En ese orden, refirió que luego de haber escuchado los testimonios llevados a juicio, revisadas las pruebas documentales y las opiniones periciales, era dable concluir que en el asunto existe atipicidad de la conducta punible investigada o inexistencia de la misma, tal y como se describe en el artículo 208 del C.P., pues en el caso los menores no fueron accedidos carnalmente, esto, conforme a la definición del artículo 212 de la misma normativa, pues al parecer fueron aquellos quienes accedieron vía anal al acusado.

⁶ Folios 72-89

Señala que no es posible aceptar los argumentos de la Fiscalía para emitir un fallo condenatorio por el reato de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y que aquel tampoco se presenta en el caso traído como ejemplo por el ente acusado en el cual una mujer mayor induce a un menor para que la acceda carnalmente, pues en dicho evento lo que se puede configurar es el delito contenido en el artículo 209 del C.P.

Agrega que para el caso los hechos se ajustan a las descripciones del último delito en mención, situación que se acredita a partir de las declaraciones rendidas por los menores y su tía, pues aunque aquellos se retractaron, la Fiscalía válidamente impugnó credibilidad, siendo claro para la judicatura que aquellos dijeron la verdad en las versiones que arrojaron inicialmente. Sin embargo, a juicio del *a quo*, la Fiscalía no varió o modificó la acusación como era su deber hacerlo, siendo imposible para sí emitir una condena por un delito por el cual no se ha solicitado ese efecto, pasando a citar jurisprudencia que trata de la posibilidad de condenar por un delito diferente al acusado, siempre y cuando de manera expresa así lo haya solicitado el ente acusador.

Así las cosas refiere que si bien los medios probatorios dieron cuenta de la configuración del delito de actos sexuales con menor de 14 años, el Juzgado se encuentra vedado para modificar de oficio la acusación, pues se está en un sistema adversarial o de partes, en el que rige lo contemplado en el artículo 448 del CPP, según el cual el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación ni por delitos respecto de los cuales no se ha solicitado condena.

A continuación trajo a colación jurisprudencia respecto de la duda razonable, la presunción de inocencia y la certeza probatoria para condenar, lo anterior a efectos de indicar que en el caso existe atipicidad del delito por el cual se imputó y acusó a MB, por la elemental razón de que el acusado no accedió carnalmente a los menores.

Finalmente, también con apoyo jurisprudencial, hizo alusión a la atipicidad de la conducta, esto con el fin de indicar que con los medios probatorios allegados al proceso no era posible efectuar un juicio de responsabilidad contra el acusado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en tanto que los hechos investigados no se encajan dentro de esa descripción legal, aunque si en otra tipificación, insistiendo en el hecho de que no le era posible emitir una condena por un delito diferente al acusado so pena de haber acreditado su concurrencia.

Con lo anterior, resolvió absolver al procesado de los cargos endilgados y compulsar copias contra los menores BDMB y HRMB, a su tía RMMR, para que se adelante un proceso por falso testimonio.

3. Sustentación del recurso

El señor Fiscal 47 Seccional de Samaniego, inconforme con la decisión de primera instancia la apeló buscando su revocatoria para que, de manera principal, se condene a GAMB como responsable del delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, o para que, subsidiariamente, se haga por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, bajo los siguientes términos.

Como primera medida señala que el *a quo*, partiendo del hecho de que quienes efectuaron la penetración en el caso fueron los menores, concluyó que la conducta endilgada resultaba atípica, realizando así una interpretación excesivamente gramatical del contenido del artículo 208 del C.P., pues aunque acepta que existieron los actos sexuales abusivos por parte del profesor, señaló que la Fiscalía no varió o mutó la calificación jurídica, por lo que no podía emitirse una condena en los términos solicitados.

Señala el recurrente que en el caso debe efectuarse un análisis de cada uno de los componentes dogmáticos de la conducta punible y observarlo desde su aspecto objetivo; así, partiendo del sujeto activo, señaló que el mismo puede ser cualquier persona indistintamente de su género, por lo que aceptar la tesis del *a quo* sería tanto como descartar a las mujeres como posibles autoras de dicho punible.

En lo que atañe al sujeto pasivo indica que de la descripción típica objetiva se extracta que es un hombre o una mujer menor de 14 años, así cualquier género puede ser víctima independientemente de que sea o no el sujeto pasivo de la relación sexual como tal, pues la prohibición es la mediación en la relación sexual, el aprovechamiento de la condición de inferioridad en razón de la edad.

Continuando trae a colación el bien jurídico protegido, indicando que se trata de la libertad y formaciones sexuales, insistiendo en el hecho de que lo que se reprime es el abuso de las condiciones de inferioridad o incapacidad en las que se presume legalmente se encuentra un menor de 14 años, pues se da por sentada la incapacidad para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, explicando que la ley ha determinado que a esa edad

se debe estar libre de inferencias en materia sexual, prohibiendo las relaciones de dicha índole con ellos.

Aunado a lo anterior, señala que la relación sexual, como la ocurrida en el caso, esto es, la penetración con miembro viril vía anal en un varón mayor de edad, tampoco se adecua a las descripciones típicas del artículo 209 conforme lo sostiene el *a quo*, pues en ese contexto no se vislumbran las descripciones típicas, en tanto que no existen actos diversos al acceso carnal, no se realizan actos sexuales en presencia de menores de edad, pues los menores víctimas son los verdaderos protagonistas del acceso carnal, con lo que considera que el hecho efectivamente se encaja en los postulados del artículo 208 del C.P.

Así las cosas, indicó que en el caso al estar en zonas de penumbra, la interpretación del juzgador debe hacerse en favor de los derechos de los menores.

Claro lo anterior y con el fin de sustentar la pretensión subsidiaria, trajo a colación la sentencia con radicado No. SP8398-2016, que hace relación a la variación del *nomen iuris*, esto es, las condiciones para que el juez pueda condenar por un delito diferente al que fue objeto de imputación. Solicitando que con base en dicho recuento jurisprudencial, mismo que da la posibilidad al juzgador de condenar por un delito menos grave así la Fiscalía no lo haya pedido en el decurso procesal, solicitó que se condene al procesado por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal 47 Seccional de Samaniego contra la sentencia de 17 de noviembre de 2016 emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Problema a resolver

De conformidad con la situación procesal presentada, la Sala encuentra que el problema a resolver radica en determinar si es factible sin afectar el principio de congruencia realizar el análisis con los medios probatorios debidamente aducidos de un punible distinto al acusado.

3. De la formulación de acusación.

La consagración del sistema penal acusatorio en la forma como lo tiene establecido el artículo 250 de la Carta Política, le otorga la facultad a la FGN para que adelante el ejercicio de la acción penal en aquellos eventos que revistan características delictuales, esta delegación al ente investigador le reviste de plena atribución para adecuar el comportamiento punible de acuerdo a aquel acontecer fáctico.

La demarcación de este importante aspecto tiene la trascendencia de conceder la oportunidad para que quien se encuentre vinculado a la actuación penal, pueda ejercer su defensa de una forma adecuada.

Quiere decir lo anterior, que la forma como la FGN defina la acusación, realice ese proceso de escogencia en los tipos penales establecidos por el legislador con correspondencia a la situación

fáctica ocurrida, para lo cual debe tener en cuenta todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar; permitirá que la defensa pueda desarrollar en forma eficaz su derecho de contradicción.

La acusación es un acto importante, se ha dicho por la jurisprudencia que se trata de un acto complejo, escrito de acusación más audiencia de formulación de acusación, que va a corresponder al marco dentro del cual debe emitirse la sentencia, es por ello que se ha indicado que tiene un componente personal, fáctico y jurídico; y que debe ser clara, precisa, concreta.

No ha sido poca la jurisprudencia que hace énfasis sobre la definida demarcación de los hechos jurídicamente relevantes que deben expresarse en el escrito de acusación, es por ello que se ha dicho:

“Hechos jurídicamente relevantes. Según la Corte Suprema de Justicia “la relevancia jurídica de hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal”. De esta forma, “los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales” (...). Su presentación debe hacerse en forma sucinta, de suerte que el operador jurídico pueda advertir el foco de la respectiva situación fáctica”. (CSJ SP 5660. Radicado 52311 de fecha 11 de diciembre de 2018).

Entonces el hecho jurídicamente relevante está supeditado a la facilidad con que lo factual describa la hipótesis que contiene el código penal en su descripción como delito de una situación concreta.

Ello significa que la enmarcación que realiza el ente acusador, pueda al final del juicio con los medios probatorios legalmente aducidos enmarcarse en otro comportamiento, lo que permite replicar que la calificación jurídica que se hace es provisional sin

que el núcleo fáctico cambie, en otras palabras, el componente jurídico es variable no así el componente fáctico.

Todo lo anterior supone que la audiencia de formulación de acusación no puede realizarse en cualquier tiempo, es obvio que dado el sistema que nos rige, sistema acusatorio, es el ente acusador quien para llegar a este vital momento debe tener su investigación lo más íntegra posible, lo que le va a permitir realizar una adecuación jurídica conforme el grado de conocimiento exigido para ese momento probabilidad de verdad, es decir que la conducta si existió y que el imputado es autor o participe.

Corolario de lo anterior, la calificación jurídica que la fiscalía otorgue a la situación fáctica sucedida, no puede ser cuestionada por el Juez, por las partes ni los intervinientes, salvo las observaciones que ellos pueden sobre la concurrencia de los requisitos legalmente indicados (Artículo 339 CPP), por ello es que se ha indicado que dicho acto no tiene un control material por el Juez de Conocimiento sino formal.

4. Del principio de Congruencia.

Dada la metodología utilizada para la elaboración de la providencia, iniciamos con el primer acto procesal de trascendencia dentro del proceso penal, y que como se dijo establece el marco dentro del cual se va a desarrollar el proceso, y permite el ejercicio concreto del derecho de defensa.

Es decir, establecido unos derroteros sobre una determinada acusación; en este contexto se aplica el debido proceso y el derecho de defensa como garantías para el enjuiciado, es a lo que vamos a llamar el principio de congruencia, consagrado en el artículo 448 del CPP, así: *“El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no*

consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

Inicialmente diremos que resulta obvio y garantista en atención a que existiendo una acusación por una situación fáctica definida enmarcada en un tipo penal específico, consecuencia lógica es que los alegatos conclusivos y la sentencia emitida correspondan con esa acusación, se itera con ese marco establecido; y resultaría ilógico que se vaya a proferir sentencia condenatoria por un distinto delito del cual la defensa no tuvo la oportunidad de controvertir.

De ahí la relevancia de los componentes de la acusación, elemento personal, fáctico y jurídico, por cuanto la congruencia de la acusación con la sentencia debe ser en estos tres aspectos, la misma persona identificada en contra de la que se presentó acusación debe ser la condenada, el mismo núcleo fáctico y la descripción jurídica.

La jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Penal radicado 52321 del 13 de junio de 2018 ha dicho:

“68. Se ha dicho en concreto que se quebranta el principio de congruencia, en el marco de la Ley 906 de 2004, si se está frente a determinadas circunstancias, las cuales fueron compendiadas en la decisión AP4064-2016 y reiteradas en la SP107-2018. Esto es, cuando:

“(i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación.

(ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.

(iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación.

(iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma”.

Este listado de formas de vulneración de este axioma, en su mayoría denotan el desconocimiento por un núcleo fáctico, el cual cobra relevancia desde la formulación de imputación donde también se hace la exigencia al ente investigador de la *relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes* (Artículo 288 núm. 2 CPP), situación fáctica que debe ser idéntica a la presentada en la audiencia de formulación de acusación, por ello se habla de la correspondencia fáctica en estos dos momentos.

Claro es que el desarrollo del proceso penal es realizado por seres humanos, indiscutible que se presenten diversas interpretaciones al encuadrar los comportamientos ontológicos en los tipos penales, es por ello que aquel principio de la congruencia se ha modulado para que respetando el marco fáctico –que resulta inalterable- pueda obtener otra calificación jurídica siempre y cuando resulte benéfica para el acusado.

Lo que se ha indicado es que esa variación sea de tal magnitud que le haya permitido a la defensa realizar la contradicción correspondiente en el ejercicio de sus derechos y garantías y que no sea sorprendida con la condena por un hecho diferente.

Al respecto la CSJ ha dicho en AP 1898 de fecha 22 de mayo de 2019, con radicado 52947:

“La congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como garantía en cuanto a que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico, que sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como una atadura irreductible, merced a lo cual el ente investigador puede solicitar condena por un delito diverso del formulado en la acusación siempre que la nueva tipicidad guarde identidad con el núcleo básico y que no implique desmedro de la situación del encausado.”

Y en esa posibilidad de cambiar el marco de la acusación ha dicho la jurisprudencia⁷:

“1.2.1. Pues bien, la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que la posibilidad de que el juez profiera sentencia por comportamientos punibles diversos a los contenidos en la acusación, está sometida a que: i) la nueva conducta corresponda al mismo género; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii)) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun.2015, rad. 41685).”

Es a lo que se llama congruencia flexible, según la providencia de la CSJ Sala de Casación del 25 de mayo de 2015, radicado 44287. Y en decisión del 30 de noviembre de 2016 con radicación 45589, y ratificado en radicado 51513 del 29 de agosto de 2018 dijo la CSJ que la identidad del bien jurídico en el nuevo comportamiento no era presupuesto del principio de congruencia por lo cual la modificación se podía realizar dentro de todo el código penal, es decir que hoy se puede variar así no corresponda dentro del mismo título, capítulo y no sea el mismo bien jurídico, lo fundamental para que pueda

⁷ CSJ SP 2390 del 22 de febrero de 2017. Radicación 43041

realizarse la variación es que se respete el núcleo fáctico, que sea un delito de menor entidad y las partes hayan tenido la posibilidad de contradicción.

3. Del caso en concreto

El caso que hoy ocupa la atención de la Sala tiene una particularidad bien importante y está referida a que en la sentencia de primera instancia se llega a la conclusión que para el caso del delito acusado de acceso carnal abusivo con menor de 14 años se presenta una atipicidad relativa y que dada la estructura del sistema acusatorio, no puede el Juez variar la calificación jurídica dada por el ente acusador, por lo tanto considera que esta impedido para dar un fallo condenatorio por el delito de actos sexuales con menor de catorce años.

En el proceso penal adelantado en el Juzgado promiscuo del Circuito de Samaniego (N), la fiscalía formuló acusación por la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en calidad de autor material y a título de dolo⁸, en los mismos términos solicitó condena al momento de los alegatos de conclusión⁹.

En principio podemos decir que la absolución que se ha dado no obedece a la no concurrencia de los hechos o a la no participación del acusado, sino que el esquema del sistema oral por esencia de partes imponía a la entidad instructora la obligación de efectuar una correcta adecuación jurídica y los criterios jurisprudenciales imperantes imposibilitaban que el Juez de Conocimiento realizara una enmarcación típica distinta a la expuesta en la formulación de acusación.

⁸ CD audiencia formulación de acusación minuto 15:22

⁹ CD alegatos de conclusión minuto 39:22

Resulta necesario para la Sala, hacer énfasis en los aspectos importantes de la formulación de imputación y formulación de acusación. Como en precedencia se anotó, son dos momentos procesales importantes y que tienen como elemento común la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, de igual manera ya se dijo que tal aspecto tiene que ver con la adecuación a esos elementos estructurales del tipo penal por el cual se comunica o se acusa al procesado, es por lo que jurisprudencialmente se ha diferenciado de los hechos indicadores y de los medios de prueba (CSJ SP 8 mar. 2017, Rad.44599).

Para la correcta adecuación típica, se debe tener en cuenta todas las circunstancias genéricas y específicas que agraven o atenúen el comportamiento, ello por cuanto van a modificar los límites punitivos, además este componente fáctico detallado en su totalidad permite una mejor aplicación a efectos de la adecuación que corresponde, sin ambigüedades, para la total claridad de las partes e intervinientes en el ejercicio del derecho a la contradicción, es a lo que se llama juicio de imputación.

Entonces, si la FGN tiene bajo su monopolio el ejercicio de la acción penal, la labor de la correcta adecuación jurídica es de su resorte exclusivo, y ya en reiterada jurisprudencia se ha dicho que el Juez no tiene el control material de la acusación, por ende debe mirar en que tipo penal encaja mejor una conducta para que iniciado el proceso penal se pueda llegar a un fallo correcto.

Para el caso en comento debemos decir que se ha tramitado el proceso de forma normal, por una situación fáctica definida, el acceso carnal que realizan los menores BDMB y HRMB al docente y acusado MB, la fiscalía considerando se dan los presupuestos

estructurales del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, así presentó la formulación de imputación, la acusación y la realización de la audiencia en la que se enmarca el proceso penal en el mismo delito y se solicita la condena por idéntico delito; la defensa por su parte en los alegatos de conclusión señala que el hecho es atípico por cuanto obra un vacío sustancial que impide que se adecúe a aquel delito, y haciendo el análisis del dicho de los menores y sus familiares señalan que ni siquiera hay delito, se dice que lo que la tía vio son unos actos y se solicita se absuelva o se condene por injurias por vías de hecho. Así, la judicatura absuelve indicando que no se estructura el punible por el cual se acusa, pues lo que se evidenció fue la existencia de unos actos sexuales, pero ante la imposibilidad de modificar la calificación jurídica lo propio era absolver.

En ese escenario, conviene ver lo que las pruebas nos arrojan, así:

La FGN empieza su práctica probatoria, tomando el testimonio de quien en la época de los hechos era el comisario de familia del lugar, Luis Ernesto Miranda Cerón, ciudadano que narra que se entera de lo que estaba sucediendo por la rectora y la orientadora social de la institución que van hasta su despacho, resolviendo llamar a la tía de los menores dado que la abuela estaba en lugar alejado, a quien le toma entrevista y la nota preocupada por lo que estaba sucediendo; arguye que la psicóloga de aquella dependencia realiza las valoraciones a los menores, destacando que uno de los niños estaba afectado dado el temor que le generaba que lo traten de homosexual. Con este testigo ingresan las valoraciones mencionadas de los menores BD y HR, al igual que la entrevista a la señora RMR.

El anterior es entonces un testimonio desprovisto de interés alguno en las resultas del proceso, por el contrario su declaración espontánea, clara, detallada, con fácil recuerdo de lo sucedido, vemos que está narrando lo que directamente ha percibido y que le permitió iniciar la ruta para la atención a los menores. Importante por cuanto indica con claridad que debido a la información de las autoridades del colegio donde estudiaban los menores es que se activa la protección de los mismos; tomando como prueba de referencia de este testimonio, que son estas autoridades las que le indican lo que ocurría con estos menores y el docente hoy acusado.

Por su parte, la psicóloga de la comisaria de familia de los Andes, Patricia Rojas Caicedo, indicó que vio a uno de los menores (DB) triste, pero coherente, en tanto que en su narración dice como suceden los hechos y que su tía una vez los vio. Respecto del otro menor indicó que llegó llorando, y en su narración dijo que fue solo una vez. Señala que al momento de valorarlos a los dos son creíbles en sus manifestaciones y que al examen mental están orientados.

Dicho testimonio resulta importante dado que nos cuenta de forma directa como estaban los menores, uno de ellos triste, otro llora, pero en términos generales orientados, su narración coherente y ubicados en tiempo y espacio, y claramente nos dice que el sentimiento que presentan los menores es visible, al punto que se cuestionó sobre la intervención en crisis para uno de ellos.

Se tiene también la declaración de la señora RMMR, tía de los menores, quien señala que conoce al docente, que se preocupó porque el sobrino no llegaba a casa, salió a buscarlo y encuentra a BD donde el profesor M, vio a través de la ventana a las dos personas adentro, que vio sombras, que no estaban los dos solos y

finalmente señala que con rabia piensa cualquier cosa; dice que fue llevada por la rectora a la comisaria y que le dijeron que eso quedaba ahí, dio entrevistas a la comisaria y a la fiscalía.

En esta oportunidad la fiscalía utiliza la entrevista que ella ha rendido ante ese ente, en la que se lee que ella fue a buscar a su sobrino a la casa del docente, golpeó y como no abren observa por la ventana a su sobrino estaba boca arriba y el profesor encima dándole besos, su sobrino vestido y el profesor sin camisa, con rabia continua golpeando, sin conseguir ser atendida, hasta que un señor llega a dicho inmueble con el cual hace llamar al profesor y sale con BD, indica en este documento que habló con su sobrino en casa sobre lo observado pero el menor prometió cambiar, que pasado un mes hubo quejas y es cuando van a la comisaria.

De los documentos que ingresan con el comisario de familia, y a los cuales la defensa no se opone, se tiene la declaración rendida por la señora RMMR ante esta entidad, en la que relaciona lo dicho en la entrevista leída por el fiscal al momento de la audiencia de juicio oral, que con claridad ve a su sobrino BD y al profesor que estaba encima de aquel manoseándolo y besándolo, de igual manera se desprende de este documento que el menor aceptó que solo era aquel acto que ella observó y le dijo que el otro hermano también se sabía quedar con el profesor, por lo que pidió investigación dado que cree hay más cosas.

Obsérvese que este documento que ingresó como prueba número 1 no fue utilizado para refrescar memoria, impugnar credibilidad, ni como testimonio adjunto.

Es claro que hay una sustancial retractación de la testigo, que es tan evidente que ella procura desmentir lo ya dicho y ahora dice que le

pareció ver, que no ha visto nada, que no estaban los dos solos, que miró al muchacho y pensó las cosas que podían estar pasando, que le dio rabia, niega lo que aparece en su entrevista relacionado con el contacto del acusado y el menor. Ante preguntas del Juez, dice que al mirar por la ventana vio sombras, luego que ve al muchacho y al profesor con cuadernos, que no ve bien; sin embargo, dice sentir rabia. Sumado a lo anterior, no desmiente la conversación sostenida en casa con el menor sobre lo acontecido en aquella habitación.

Declaran los menores BD y HR, sus testimonios son absolutamente iguales, dicen conocer al docente, aceptan ir a su casa, que les daba dinero y que al incumplirles una promesa de darles unos uniformes, balón, zapatos para un equipo, les produjo rabia, por lo que deciden crear aquel relato, que se trató de un mal entendido, pero que con el docente no ha pasado nada.

Se precisa que la fiscalía utiliza una entrevista realizada con los menores de la cual le preguntan sobre lo dicho ahí que relatan relaciones íntimas con el docente, pero lo niegan manifestando que todo se debió a la rabia por el incumplimiento de la promesa.

Debe dejarse en claro que se aceptó como prueba documental el *Informe de Valoración Psicológica* realizado a los menores HR y BD fechada 29 de octubre de 2014 ante la psicóloga de la comisaria de familia Los Andes, documento en el que el menor HR de 13 años dice haber tenido una sola relación íntima con el acusado, que le ha dado dinero y que a su hermano le ha dado más cosas; BD también de 13 años señala que el profesor lo manoseaba, les gastaba, le pagaba las deudas en la tienda, relata una vez que se quedó en el cuarto del docente se queda dormido y aparece desnudo, otra ocasión que fue observado por su tía R quien le preguntó si era gay.

Como se dijo con anterioridad, estas pruebas demarcadas con los números 3 y 4 no fueron utilizadas para los fines que se dan a las declaraciones fuera del juicio, se utilizó la entrevista que el fiscal tenía en su poder, que había descubierto para la defensa, y que en su contenido consagra todo lo contrario a lo dicho en audiencia por los menores y por la señora RMMR, donde los testigos sí dan cuenta de los actos sexuales que tuvieron con el acusado.

De la defensa se recibe el testimonio de la señora BSRM, abuela de los menores, quien señala que para el mes de abril (dos años atrás de la fecha de su declaración), el acusado le llevó una caja de remesa en consideración a su estado, que de sus nietos tiene la custodia, que aquellos iban donde el profesor a realizar tareas y que escuchó de unos balones y uniformes que aquel les iba a dar.

Vemos entonces que aunque no se ha demostrado en este proceso que la familia de los menores HR y DB tengan una situación económica precaria, se habla de una ayuda que se recibe del profesor hoy acusado, la abuela es enfática en que es solo una vez, lo cual denota que tiene conocimiento del docente y como prueba de referencia señala que escuchó que les iba a dar unos balones y uniformes.

No es un testigo que por su presencia en el escenario de los acontecimientos aduzca elementos de convicción que determinen la ocurrencia de los hechos que se juzgan, el tema de su rememoración debido a lo dudoso de su manifestación tampoco fue nítida, titubeo para definir la fecha en que le fue entregada la ayuda y por la forma de sus respuestas no es un testigo que ofrezca credibilidad.

Se recibe la declaración de la novia del acusado, la señora ALT, quien manifiesta tener un noviazgo de 15 años y recibir un trato normal, señala conocerlo como heterosexual, y con ella tiene relaciones sexuales normales, reconoce en él su entrega a la profesión y su solidaridad; sin embargo no es un testigo que nos pueda entregar elemento de convicción alguno, en tanto que no estuvo en el escenario de los hechos y el conocimiento que tiene de su pareja, hoy acusado, lo es en un campo distinto al laboral y al personal que con regularidad el procesado tiene, pues no puede dar fe de lo que ocurra en el transcurso de la semana, solo indica lo que sucede el fin de semana que regresa a esta ciudad.

Declaró también el acusado, docente GAMB, quien indica que los menores hacen parte de una familia de bajos recursos y que por ello les colaboró; que en dos ocasiones envió remesa y que a los muchachos les ayudó con tareas de inglés, que no les ha prometido nada, que cuando le dijeron de los uniformes les aclaró que no tenía medios económicos para ello; reconoce que pago deudas que tenían en la tienda del colegio, aclara que no fue docente de ellos, que ante aquel iban otros alumnos a pedir ayuda, que tiene su pareja que se llama ALTL con quien se ve cada 8 días y que una vez que estaba con un compañero docente fueron los muchachos a su pieza, evento en el que la tía de los menores acudió a su casa y los llamó.

Es la manifestación que en su defensa realiza el acusado, en procura de estar al unísono con la declaración que han dado en aquella audiencia los testigos.

En ese escenario, de la prueba producida en juicio, deberá analizarse el tema de la retractación de la tía de los menores y el dicho de aquellos en consideración a que es la prueba que llevó a

que la FGN adelantara una investigación, formulara una imputación, presentara una acusación, solicitara y se delimitara sus medios de prueba y se produzca la práctica probatoria en juicio oral, versión que después se cambió por los actores, desconociendo el real motivo que generó la variación. Así, el análisis deberá realizarse solo con el fin de que haya justicia, para que el simple cambio de versión no genere impunidad.

No es nuevo el tema de la retractación de los testigos en los juicios orales y como lo dice la jurisprudencia el cambio de versión obedece a múltiples factores de los cuales los más corrientes son las amenazas y cuando ha mediado acuerdo económico entre las partes respecto de lo sucedido, para con estas causas cambiar la declaración que inicialmente han presentado.

Esta situación conllevó a que nuestro máximo Tribunal en Sala Penal, con radicado 44950 del 25 de enero de 2017, explicara de una manera didáctica el uso de las declaraciones y entrevistas, no solo para temas de refrescar memoria e impugnar credibilidad, sino el uso de estos documentos como medios de prueba, respecto de la prueba de referencia y el uso de las declaraciones anteriores inconsistentes con la declaración emitida en juicio.

Respecto del tema de las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio dijo:

“Bajo esa premisa, se estableció que la admisibilidad de esas declaraciones está sujeta principalmente a dos requisitos: (i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y (ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el conainterrogatorio.

A la luz del desarrollo jurisprudencial del derecho a la confrontación, de la prueba de referencia y, en general, de los usos de declaraciones anteriores al juicio oral, relacionados en otros apartados de este fallo, el anterior precedente debe precisarse en los siguientes sentidos:

La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de conainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.”

Ello significa que la utilización de este documento anterior que contiene una manifestación distinta a la vertida en el juicio y que ingrese como de prueba y sea valorada por el Juez debe cumplir con los requisitos siguientes: i) Que haya retractación; ii) Que el testigo esté disponible en juicio; iii) Que se incorpore a través de la

lectura, así el Juez tiene las dos versiones; iv) Que la parte contra la que se incorpora la declaración anterior pueda contrainterrogar; v) Que se haga a solicitud de parte.

La Sala debe manifestar, que la preocupación de la alta Corte radicaba en ese acto de retractación de los testigos que impedía que se sancione a los autores de comportamientos y con mayor énfasis en tema de abuso sexual de menores, es por lo que ha avanzado la jurisprudencia en entender aquellas dificultades que tiene el ente investigador y por ello hoy los documentos anteriores al juicio dejan de ser un elemento material y pueden ingresar como medios probatorios.

En el caso en comento, tenemos que los menores HR, BD y su tía RMM, al presentar una declaración absolutamente contraria a la plasmada en los documentos exhibidos por el fiscal de los cuales tenía completo conocimiento la defensa nos deja en el campo de la retractación, claro, una fue la versión dada a finales del mes de octubre de 2014 que obra en documentos, y otra, la ofrecida en desarrollo del juicio oral de fecha 1º de septiembre de 2016.

Es por ello que se hace necesario verificar la lista de chequeo de los requisitos que se exige para la admisión de las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio, para saber si es posible su análisis. Veamos: hay retractación, por cuanto los testigos ofrecen de manera oral una versión distinta a la ya plasmada en escritos; los testigos comparecieron al juicio oral, estuvieron presentes y atendieron las preguntas de fiscalía y defensa; ante la versión cambiada la fiscalía da lectura a las entrevistas con una manifestación diferente, con lo cual ingresa este contenido¹⁰; la defensa tuvo la oportunidad de realizar el

¹⁰ DVD a las 2:42:58 Rosa Maya. CD que contiene testimonio menores minutos 19:10 y 32:41.

contrainterrogatorio¹¹; y la FGN ha realizado la petición que sean valoradas las versiones ingresadas¹².

Evidenciando que se cumple con los requisitos expuestos por la jurisprudencia para la admisión de estos documentos que contienen declaraciones anteriores al juicio y que hoy resultan inconsistentes con lo que los testigos han declarado, es menester avocar el análisis correspondiente.

Emprendemos la valoración con este tema de las versiones encontradas que se han entregado en el presente juicio oral, para ello la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal ha indicado:

*“...pues de antiguo la jurisprudencia de esta Corte tiene establecido que la retractación no constituye en sí misma una causal que automáticamente deje sin valor alguno las anteriores manifestaciones del testigo, toda vez que tanto en esta materia como en todo lo que tenga que ver con la credibilidad del testigo, corresponde al juez realizar una labor analítica de comparación, no sólo entre las distintas versiones del testigo sino de manera conjunta con los demás medios de conocimiento que integran el arsenal probatorio, a fin de establecer cuál de las diversas versiones corresponde a la verdad de lo ocurrido, y los motivos que pudieron haber animado al declarante para que se retractara de su inicial dicho, que también deberán ser ponderados por el juzgador conforme a las reglas de la persuasión racional, pues, como ha sido señalado por la Sala «cuando la persona desdice de su dicho sin explicación alguna o razones atendibles que la justifiquen, en principio queda incólume su versión anterior en aquello materia de rectificación, siempre que sometida al tamiz de la sana crítica se ofrezca creíble y no haya motivos que le resten veracidad a lo aseverado inicialmente»”.*¹³

¹¹ DVD a las 2:59:30 Rosa Maya. CD que contiene declaración menores minuto 24:28 y 46:32

¹² Alegatos de conclusión minutos 5:25 y 10:40 y ss.

¹³ CSJ SP6767 del 16 de mayo de 2018 Radicado 48696

Existe una situación que llevó al ente investigador a afrontar esta investigación penal y obedece a la forma como inicialmente se presentan los menores víctimas ante la comisaria de familia de los Andes, su lugar de residencia.

Los menores BD y HR cuando fueron llevados ante aquel ente municipal, informaron con sobrados detalles los actos sexuales que venían sucediendo con el docente MB, como ambos habían accedido al docente en fechas distintas por proposición que el adulto realizara, para lo cual había venido dándoles dinero, cancelando deudas en la tienda escolar, que dicho sea el docente no pertenecía a la institución donde estaban estudiando, manifestación ésta que acepto el procesado, para lo cual debemos entender que debía desplazarse desde su sede hasta la institución donde estudiaban los menores. La excusa que los menores presentan al momento del juicio oral para justificar el señalamiento al docente como la persona que se gana su confianza, que les ayuda en tareas, que les da dinero, y con el cual sostienen actos sexuales, es que les incumple una promesa de donar un uniforme para el equipo de fútbol, excusa que es el fundamento de la retractación; sin embargo, dicha manifestación no es tan sólida como para generar la credibilidad esperada por la defensa y vamos a ver por qué no tiene esa firmeza probatoria que se requiere para sustentar una decisión.

En primer lugar, no existe unanimidad en lo solicitado y en el plazo, el menor BD dice que fue un uniforme y zapatos para el equipo de fútbol de la escuela, el menor HR dice que fue uniforme, y la señora BSR, abuela de los menores indica que escuchó de unos balones y uniformes que iba a dar; el docente indica que no prometió nada, es decir que no se puso un plazo, sino que en el mismo momento de la petición les informó que no tenía el dinero para tal requerimiento.

Entonces si el docente no prometió nada y fue muy claro al contarles su condición económica, cuál es la razón para que en los menores aflore ese sentimiento de rabia que han señalado fue producto del incumplimiento, es clara la contradicción que entre ellos se presenta en cuanto a los elementos a donar y el plazo que no hubo, por ello no es creible el enojo de los menores.

Además, dice el menor HR que el profesor le llevó cosas al hospital a su abuela y le envió una remesa; la señora BSR, dice que le envió una sola remesa después de la cirugía que ella no podía hacer nada; y el acusado dice que le envió dos remesas a la mencionada señora, aspecto que tampoco resulta unánime, pese a que se dijo que era solidario, no se tiene claridad en lo entregado y donde.

Ahora, respecto de la visita de los menores a la casa del docente, dice el acusado que el día que fueron estaba otro docente, no dijo el nombre y que llegaron los muchachos, no dijo quienes; sin embargo, que ese día cuando la señora los llamo le dijeron que estaba con otro profesor y salieron los muchachos; este aspecto no lo relata la señora RMM en sus dos versiones, en una dice haber tocado en aquella casa donde vivía el profesor sin obtener resultados lo que la lleva a observar por la ventana y ver en actos sexuales al profesor y su sobrino; para luego seguir tocando hasta que alguien abre y es llamado el profesor que le dice le está ayudando a las tareas de su sobrino y ella se lleva al menor y en casa dialogan sobre lo observado, este último aspecto no ha sido desvirtuado a lo largo del proceso; en la versión cambiada de la señora dice que vio sombras, que no observó nada, que no vio bien lo que pudiera estar pasando, que no estaban los dos solos, que estaba con cuadernos y salió con cuadernos; sin embargo, el docente indica que ese día fue cuando estaban realizando un trabajo del sistema solar.

El testimonio dado por la señora RMM resulta incoherente, si ahora manifiesta que no ha observado nada, si lo que dice haber narrado fue lo que pensó, cual la razón para que hoy diga que tiene rabia, señala *con rabia piensa cualquier cosa*, pero que podía generarle aquella emoción negativa si no había un detonador para ello.

Esta situación nos lleva con claridad a deducir que el testimonio que han brindado los menores BD, HR y la señora RMMR, no corresponde con la realidad, que ahora hubo una motivación para variarlo, y ello condujo a presentar una nueva situación con unas justificaciones que no encajan, en todos ellos la causa de aquella anterior declaración es la rabia, la cual no se encuentra fundamento para que se produzca.

Por lo tanto el análisis probatorio se debe realizar utilizando como medios de prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio que han ingresado producto de la petición de la Fiscalía, de las cuales dio lectura y que como se dijo con anterioridad cumple con los requisitos para su admisibilidad y valoración.

Para ello debemos partir de la aclaración cronológica de la situación fáctica, y es que cuando se produce la denuncia ante el comisario de familia, los hechos ya tenían más de un mes de estar sucediendo, no ocurre que la señora RMM observa al menor en casa del profesor y decide ir a denunciar los hechos, de este acontecer transcurre más de un mes y deben dar inicio a la ruta de atención a los menores por la situación que uno de los menores estaba viviendo, el menor BD, para ello recuerda la Sala que la psicóloga de la comisaria de familia de los Andes manifestó que uno de los menores llegó afectado y que debieron darle atención en

crisis, al leer el documento que ingresa de su valoración ante esta profesional que obra como prueba número tres en su hoja tres parte final del relato que hace el menor indica: “...*aunque hace dos semanas el (sic) me cogió con fuerza yo me sentía mal porque él dijo que yo me había ofrecido pero eso no fue así.*” Y es este menor quien indica que aquel lugar también va el hermano, por lo cual también se realiza valoración psicológica y entrega detalles de lo ocurrido meses atrás.

Debido a la situación del menor mencionado, es que las directivas del colegio acuden a comisaria de familia, para dar protección a los menores, no se trata de enemistades que tengan los docentes, como lo pretendió presentar la testigo RMM, acuden porque la situación ya estaba desestabilizando a los menores y debe tenerse en cuenta que los derechos de los mismos prevalecen sobre los derechos de los demás (artículo 44 Carta política).

Es por ello que el Comisario de familia presenta la denuncia acorde con las valoraciones y los informes obtenidos de la tía señora RMM, de la rectora de la institución donde se encuentran matriculados los menores y de la orientadora escolar Leydi Paola Pérez.

Es la declaración presentada por el señor Miranda Cerón quien basado en situación real, observó al menor en crisis, observa al otro menor llorando, aspectos que denotan la certeza de la situación que estaban viviendo, los que dan inicio a la investigación por parte de la FGN. Lo dicho por la profesional de la sicología quien en su dictamen cuenta como observa a los menores, ella obtiene directamente su relato sobre los actos de intimidad que en ese momento suceden, atiende a uno en crisis, a HR lo encuentra llorando pero más tranquilo ante aquella situación.

El contenido de las entrevistas que ingresaron como medios probatorios, que dan cuenta clara de la situación que aprovecha el docente para ganar la confianza de los menores, darles dinero, pagar sus deudas en tienda escolar, prestarles dinero, darles ayuda en la materia de inglés, acciones que constituyen la creación de un escenario apropiado en el cual el acusado pudiera exponerles el tema sexual y con lo cual logra que estos menores lo accedan, fin pretendido por el acusado.

Con el mismo rasero se analiza el testimonio de la señora RMM, no existe razón para que transcurrido más de un mes desde los hechos diga que le ha generado rabia, o que se ha llenado de rencor sin aparente motivo porque ha dicho que vio sombras, le pareció ver, que vio cosas que no son verdaderas, pero no puso en discusión que luego de haber observado al menor en casa del docente, en su casa le reclama por la escena observada, a lo cual el menor BD acepta y que solo ha sucedido lo observado por ella.

Claro, porque cuál es la razón para que en la casa le llame la atención si ella no ha observado nada como lo trato de decir en su versión cambiada en el juicio oral, desde que hubo un llamado de atención obedeció por un acto reprochado por la señora y es por lo que se ha dado credibilidad al dicho que ingresa como medio de prueba al cual da lectura la FGN en el que señala haber observado al docente sobre el menor acariciándolo y dándole besos en aquel lugar de residencia del acusado.

Como se dijo, los testimonios de BSRM y de la novia del acusado ALTL, no aportan nada al tema de la responsabilidad del acusado, sin mucho sustento procuraron hacer de la excusa que presentó la defensa, pero desvirtuada esa posición, es claro que estos testigos dejan de tener un valor probatorio para el tema señalado.

Igual sucede con los argumentos presentados por el señor GAMB, quien basó su defensa en la solidaridad ofrecida a la familia de los menores y en que cuando estuvieron en su cuarto existían más personas, afirmación que quedó sin sustento probatorio, dado que dentro de la dinámica de la carga de probar, a él le correspondía demostrar la situación que estaba presentando, y no es inversión de la carga probatoria, por cuanto el Estado a través del ente investigador ya le está demostrando una situación con la cual se lo despoja de su presunción de inocencia, por ello era su deber probar sus afirmaciones.

La defensa técnica indicó que se trata de una persona inocente, por cuanto la investigación presentaba vacíos sustanciales, que dan lugar a la atipicidad de los hechos, además fundamenta su argumentación en que se valore el dicho de los menores presentado en la audiencia y no los documentales, en alguno de sus apartes señala que lo observado por la tía serían actos y que al no existir prueba de medicina legal pueden darse unas injurias por vías de hecho.

Si bien la no adecuada calificación jurídica pudo generar problemas a la defensa, no debe pasarse por alto que el argumento central es que el comportamiento no encaja en el acusado, pero existe una situación fáctica que ha resultado inalterable, que desde la formulación de imputación se ha mantenido y que denota la existencia de una situación irregular en el desarrollo de los menores.

La defensa conoce bien lo sucedido y por ello pide que se valore el nuevo testimonio, llegando a manifestar que de tipificarse son otros los comportamientos que pueden resultar, como actos o injurias por vías de hecho. A lo cual debe decirse que las injurias por vías de

hecho no trascienden a esferas íntimas de los sujetos pasivos, así como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en pronunciamiento con radicado 34661 del 16 de mayo de 2012:

“A propósito, la Sala ratifica el criterio expuesto a partir de la sentencia de 5 de noviembre del 2008, radicación 30.305, 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. No se trata entonces de conductas que denoten un trato afectuoso hacia el menor, sino de acciones evidentemente lujuriosas, dirigidas según se dijo a satisfacer el instinto sexual del victimario, luego en atención al estado de especial vulnerabilidad en que se hallan los menores, y considerada además la incapacidad para disponer libremente de su sexualidad, deben ser objeto de una especial protección, lo cual implica que hechos como los aquí investigados se valoren en su justa medida y susciten el reproche punitivo adecuado.”

Con claridad se deduce que la defensa también previó la posibilidad de que el comportamiento se adecuara a otro tipo penal y así lo manifestó, en cuyo análisis se alcanza a esbozar aspectos relacionados con los otros punibles.

Respecto de solo tener en cuenta el último testimonio de los menores ya se hizo el análisis y no resulta viable dado que la variación en el dicho no tiene justificación alguna, como se dijo, no se halla explicada la rabia que manifiestan les generó un evento que no existió porque no hubo promesa, como a la tía, no explica la rabia de un hecho no observado.

No alcanza la defensa a desvirtuar la prueba de cargo presentada con la que se alcanza a desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Bajo este análisis, la Sala arriba a decisión diferente del *A quo* y encuentra que el señor GAMB es responsable penalmente de este accionar, a título de autor material, pero si se debe decir que la adecuación típica que otorga la FGN es equivocada, por cuanto no es posible adecuar este acontecer fáctico a la estructura del artículo 208 del código de las penas que establece: “El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años”, con claridad se habla de acceder a una persona menor del rango etario establecido, y esta no es la situación fáctica presentada, como tampoco es asimilable a la situación que pudiera suceder con el género femenino, porque en este evento el legislador penal protege dentro del bien jurídico de la libertad, integridad y formación, para el caso de un menor y lo que se procura es que a su debida edad los menores encuentren la formación sexual que corresponda.

El artículo 208 del código de las penas, que se ubica en el título de la libertad, integridad y formación sexuales, reclama que el menor sea el sujeto pasivo del acceso carnal, entendido de la forma como lo expone el artículo 212 *ibídem*; y claramente no es lo que ocurre en los facticos presentados, por el contrario los menores son sujetos activos por lo cual su adecuación no podía ser a dicha norma solicitada por la FGN, actos como el que se presenta en este evento contraria aquella premisa, entonces no se debe procurar tomar el acceso y pretender su ubicación en alguna de las normas sancionatorias, lo que se debe buscar es la norma que mejor abarque lo relacionado con la formación sexual de los menores

Y aquella norma no es otra que el artículo 209 de la misma codificación que establece: “ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales”, se trata de una norma que abarca comportamientos diferentes al acceso carnal que pueda ser sujeto pasivo un menor, y los condensa en tres eventos: i) realizar actos sexuales distintos del acceso, ii) realizar actos sexuales en presencia del menor, iii) induzca al menor a prácticas sexuales, así lo ha considerado de vieja data la jurisprudencia, indicando que: *“La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, estos es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que el menor sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan, y la última hipótesis requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual, con anticipación al natural despertar de su libido.”* (CSJ Cas. Penal Rad.2037 de fecha 8 de marzo de 1988)

A sabiendas que el legislador penal establece una edad en la que considera que los menores dada su evolución cognitiva y afectiva, deben tener un adecuado desarrollo del aspecto sexual y que solo después de los 14 años puedan tener ese conocimiento y la disposición, por ello fija estas normas que sancionan cualquier adelanto que pueda llevar a aprendizajes en este tema.

Descendiendo al caso que ocupa a la Sala, como los menores no fueron accedidos, pero si fueron convencidos, persuadidos de realizar prácticas sexuales no apropiadas para su edad, es por ello que este comportamiento se denomina Actos sexuales con menor de catorce años.

Recordemos que basados en el radicado 43041 del 22 de febrero de 2017 que evoca jurisprudencias de años anteriores, tales como

41253 y 41685 de 2014, que permiten la modificación en la calificación jurídica y que en aquella época permitía dicha variación, sin dejar de mencionar que en códigos de procedimiento anterior tales como la ley 600 de 2000 se menciona que la calificación jurídica es provisional y por ende procedía su variación, para ello consagraba un procedimiento establecido en el artículo 414.

Ahora con los radicados mencionados y en especial con 45589 del 30 de noviembre de 2016 se continua señalando la permisión de la variación de la calificación jurídica respetando el principio de la congruencia cuando: i) la nueva conducta corresponda a cualquier tipo penal dentro del código; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii) la nueva tipicidad respete el núcleo fáctico de la acusación, y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

Para el caso, el punible en el cual se da la nueva adecuación resulta más benigno en su punibilidad basado en la misma situación fáctica, ella no ha cambiado lo que ha operado es un mejor entendimiento de la estructura del nuevo tipo penal y es por ello que las partes e intervinientes tuvieron la oportunidad de ejercer los derechos en procura de sacar adelante los intereses de sus clientes.

Por ello la Sala considera que se debe variar la calificación jurídica otorgada al comportamiento desplegado por el acusado y que corresponde al tipo penal de actos sexuales con menor de catorce años.

El dolo en la ejecución del comportamiento se ha demostrado dado que el acusado ha desplegado un accionar que empezó desde el acercamiento a los menores, dado que no era su docente, era docente en otra institución, pero basado en su amabilidad y

ofrecimiento de sus servicios para ayudar a realizar las tareas, en la materia de inglés y otras asignaturas logra acercarse a los menores, luego con dádivas obtiene su confianza, y con un lenguaje sugestivo empieza a llevarlos al tema sexual hasta que con ofrecimiento de dinero obtiene que los menores lo accedan por vía anal, todo lo cual denota el conocimiento y la voluntariedad para conseguir la finalidad perseguida.

Como se ha expresado existe clara afectación al bien jurídico tutelado en cuanto la formación sexual producida de esa manera altera el normal desarrollo de los menores, se trata de dos menores pero la FGN no acusó por el concurso de comportamientos existente, solo lo hizo como si se tratara de un solo delito.

Se trata de una persona que por su profesión se exigía otro tipo de comportamiento en el trato con los menores, debía dar una instrucción adecuada a la edad y comprometida con la verdadera educación de los menores. Su formación le permite tener el conocimiento de la antijuridicidad en su accionar, conoce que resulta prohibido sostener relaciones íntimas con menores dado su proceso de formación en que se encuentran, como lo dice la jurisprudencia, no es permitido adelanta ese natural despertar de su libido.

No se allegó prueba alguna que demuestre que se trata de una persona que no comprendía lo que realizaba y que no podía dirigir su accionar conforme esa comprensión, por ello se indica su imputabilidad.

De esta forma, deberá revocarse la decisión de primera instancia y reunidos los requisitos del artículo 381 del CPP, se procede a dar un fallo condenatorio.

3.1 Punibilidad.

Se ha demostrado que el comportamiento por el cual se encontró autor penalmente responsable al acusado MB es el consagrado en el código penal libro segundo título IV capítulo segundo, que sanciona el artículo 209 con una pena de prisión de 9 a 13 años (108 a 156 meses) de prisión.

Establecido al ámbito punitivo de movilidad se procede a determinar los cuartos correspondientes, en meses de prisión:

Un cuarto mínimo de:	108 a 120 meses
Un primero cuarto medio de:	120 meses y un día a 132 meses
Un segundo cuarto medio de:	132 meses y un día a 144 meses
Un cuarto máximo de:	144 meses y un día a 156 meses.

Se indica en el artículo 61 inciso 2 del código penal, que cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren solamente circunstancias de atenuación punitiva enrostradas al acusado, la pena debe estar en el cuarto mínimo, es decir un rango de discrecionalidad de 108 a 120 meses de prisión.

En el presente evento, no manifestó el ente fiscal la existencia de circunstancias que de mayor o menor gravedad, y por el contrario concurre una de menor gravedad cual es carencia de antecedentes judiciales, por ello como se dijo la pena debe estar ubicada en este cuarto mínimo.

En este orden de ideas tenemos que se trata de un comportamiento grave por cuanto es una persona que aprovechando su labor profesional se aproxima a estos menores para llevarlos a realizar comportamientos atentatorios a su normal desarrollo, observa la

Sala que las víctimas en sus exposiciones tienen el temor que se los rotule como gays, lo que indica un problema psicológico; la forma como ejecutó el comportamiento denota el dolo directo con el que obró, una labor de acercamiento basado en los escasos recursos de los menores y de forma lenta los compromete a sus placeres libidinosos, denota pocos valores morales porque le resta importancia al desarrollo de los menores, es por ello que se hace necesario la imposición de una pena por cuanto cuando se trata de una persona que está en permanente contacto con menores, y por la naturaleza del comportamiento debe conllevar las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y reinserción social; por ello la pena a imponer será de ciento catorce (114) meses de prisión.

Como pena accesoría, en virtud de lo normado en el artículo 52 inciso 3 del código penal, se impone la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena de prisión.

Llama la atención de la Sala el hecho que el representante de la FGN desde el inicio de la investigación se refiere a un sólo delito, y así solicita la captura, así formula imputación, presenta escrito de acusación y formula acusación, cuando resulta evidente que se trata de dos menores los afectados y que de acuerdo a lo relatado por el menor BD, en su caso podía darse un concurso de actos, con ello queremos decir que el concurso de comportamientos es evidente y que el ente que está facultado para guiar la investigación y hacer efectivos los derechos de las víctimas, se ha quedado corto en este señalamiento, pero debe de igual manera la Sala indicar que dada esa facultad constitucional es la FGN quien debe establecer el marco legal de la imputación y acusación por lo que en esta instancia no se puede corregir esta irregularidad que conllevaría la

determinación de una pena mayor a los límites fijados con antelación en un proceso rodeado de garantías.

Es oportuno señalar que esta situación no afecta el derecho de defensa del procesado por cuanto ha tenido la oportunidad de ejercer la contradicción y controversia sobre todos los medios probatorios allegados, y que tiene total conocimiento de la situación fáctica ocurrida al punto que entre los temas de estipulación están las identidades de los dos menores.

3.2 Subrogados y Sustitutos Penales.

En tratándose de menores que son víctimas de delitos sexuales, el código de infancia y adolescencia tiene establecido:

Artículo 199. Beneficios y mecanismos sustitutivos. *Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:*

(...)

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el Artículo 63 del Código Penal.

(...)

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva.

Bajo esta prohibición expresa, es claro que no se puede realizar el análisis de ninguno de los subrogados o sustitutos penales, por lo cual deberá ordenarse la captura del sentenciado señor GAMB, para que cumpla la condena que ha sido impuesta.

Debe advertirse que el tiempo que estuvo en detención preventiva por cuenta de este proceso, será abonado a cumplimiento de la pena.

3.3 Del principio de doble conformidad.

Resulta claro que dentro del Estado garantista por los derechos de las partes proceda la posibilidad de revisión de la sentencia que resulta condenatoria en segunda instancia, lo cual se halla consagrado en el acto legislativo 01 de 2018 para los aforados y otorga la competencia en esta segunda instancia a la Corte Suprema de Justicia (art. 235-7 Carta Política) Sala de Casación Penal y en decisión del 03 de abril de 2019 la Sala mencionada con radicado 54215 ha indicado que mientras legisla el congreso sobre este vital tema, y con el fin de salvaguardar este principio de impugnar la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia se deben cumplir estas directrices:

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

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

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

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación. (y) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.

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

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación. (viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

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

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

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

Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 196, rad. 9579).

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad.”

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, 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:**

1°. **CONDENAR** al señor GAMB, de condiciones civiles y personales conocidas en este proceso penal, por haberlo encontrado responsable penalmente como autor material del delito de Actos Sexual con menor de catorce años a las siguientes penas:

PRINCIPAL: Ciento Catorce (114) meses de prisión.

ACCESORIA: Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

2°. No conceder al señor GAMB, ni la suspensión de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, y en consecuencia, se dispondrá librar orden de captura en su contra.

3° Confirmar en lo demás la sentencia objeto del recurso de apelación.

4° Ejecutoria esta sentencia, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

5° En firme el fallo se dispondrá el envío del expediente al Juzgado de Ejecución de Penas de esta ciudad, para lo de su competencia.

Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede la impugnación especial para el procesado y/o su defensor y el recurso extraordinario de casación para el resto de sujetos procesales, en los términos explicados en precedencia.

Notifíquese y Cúmplase

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
Secretario