



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de JORGE ARMANDO SERRANO ARIAS** por el punible de **HURTO CALIFICADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **22 DE MARZO DE 2023**.

Para notificar a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **18 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.

Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-685A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 18 DE ABRIL DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público

Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander)
Tribunal Superior
Sala Penal

EDICTO

La secretaria de la **Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga** hace saber que, dentro del proceso penal adelantado **en contra de LUIS HERNANDO RODRÍGUEZ RIVERA** por el punible de **ACTO SEXUAL CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO**, se ha dictado sentencia de segunda instancia de fecha **6 DE FEBRERO DE 2023**.

Para notificar al procesado y a los intervinientes que no pudieron serlo personalmente ni por correo electrónico, se fijó EDICTO a través del micrositio de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga en la página web de la Rama Judicial, por el término de tres días, hoy **18 DE ABRIL DE 2023**, siendo las 8:00 a.m.


Sandra Julieth Cortés Samacá
Secretaria

RI 21-537A

LINK EDICTO PUBLICADO EN EL MICROSITIO DE LA RAMA EL 18 DE ABRIL DE 2023:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bucaramanga-sala-penal/149>

secpenalbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co
Oficina 405 Cl. 35 # 11-12, Bucaramanga, Santander

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE: GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Bucaramanga, veintidós (22) de marzo de dos mil veintitrés (2023)
Discutido y Aprobado virtualmente por Acta No. 277.

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **Jorge Armando Serrano Arias**, contra la sentencia del 24 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual lo declaró penalmente responsable del delito de **hurto calificado** en virtud de preacuerdo; a lo que se procede de conformidad con el artículo 179 del CPP.

HECHOS

La primera instancia describió los hechos en los siguientes términos¹ :
*«El 28 de febrero de 2019, a eso de las 9:50 horas, en la carrera 7 #42-10 del barrio Alfonso López de esta ciudad, HECTOR HERNANDEZ DURAN dejó parqueada su motocicleta marca Yamaha FZ de placas VHL 71E, evaluada en \$7.800.000, la cual estaba siendo arrastrada, sin prenderla, por parte de **JORGE ARMANDO SERRANO ARIAS**, quien fue sorprendido por la comunidad y el hijo del propietario del vehículo, quienes alertaron con gritos de lo sucedido, lo persiguieron y aprehendieron para dejarlo a disposición de la Policía Nacional, los que procedieron con su captura».*

¹ Folio 16 expediente digitalizado.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia preliminar del 1º de marzo de 2019², el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Bucaramanga legalizó la captura de **Jorge Armando Serrano Arias**, acto seguido se corrió traslado del escrito de acusación³, por el delito de hurto calificado y agravado, tipificado en los artículos 239, 240 inciso 4 y 241 núm. 7º del C.P., cargos que no fueron aceptados, quedando en libertad.

Convocada la audiencia concentrada para el 26 de julio siguiente por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de conocimiento de Bucaramanga, la fiscalía solicitó la variación de su objeto para presentar preacuerdo ya socializado con los demás intervinientes, diligencia en la que realizó tal acto⁴ y se le impartió legalidad a la negociación consistente en la aceptación de responsabilidad penal por el delito de hurto calificado en calidad de cómplice, anotando que se evidenció el respeto a las garantías legales y constitucionales del acusado, además de constatar que fue libre, consciente, voluntaria y previamente asesorado por su defensor, además que la víctima fue indemnizada.

Igualmente, se corrió a los extremos procesales el traslado contenido en el artículo 447 del C.P.P, y posteriormente de la sentencia el 24 de septiembre de 2021⁵, decisión contra la cual la defensa formuló recurso de apelación.

SENTENCIA RECURRIDA

Mediante providencia del 24 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga declaró

² Folio 106 cuaderno digitalizado

³ Folios 91 a 105 cuaderno digitalizado

⁴ Folios 23 y 24 cuaderno digitalizado

⁵ Folio 22 cuaderno digitalizado

responsable en calidad de cómplice a **Jorge Armando Serrano Arias**, del delito de hurto calificado en virtud del acuerdo celebrado, en consecuencia, le impuso la pena de 21 meses de prisión, a la par que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Expuso que la autoría y responsabilidad del acusado en el punible que se le endilgó, se encuentra respaldada en i) el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia, ii) entrevista del patrullero Rubén Darío Bayona Hernández dando cuenta de la captura iii) acta de derechos de capturado, iv) acta de incautación de elementos (arma blanca y motocicleta placas VHL71E, v) la noticia criminal (denuncia de la víctima Héctor Hernández Durán), vi) informe de investigador de campo sobre el registro decadactilar y la reseña fotográfica del indiciado, vii) informe de investigador de campo sobre la fijación fotográfica de la motocicleta incautada, viii) informe de investigador de laboratorio acerca de la plena identidad del procesado, con la cédula de ciudadanía 1.005.324.606, y ix) informe de la Dirección de Investigación Criminal e Interpol, indicando que el encartado no cuenta con antecedentes penales.

Adujo que los elementos materiales probatorios analizados a la luz de la sana crítica, le permiten concluir que se encuentra acreditada la ocurrencia de la conducta punible contra el patrimonio económico, endilgado a Serrano Arias en las circunstancias de tiempo, modo y lugar precisadas por en el escrito de acusación; sobre el aspecto subjetivo relacionado con la responsabilidad penal, anotó que no efectuaría consideraciones adicionales, ya que a partir de las evidencias reseñadas, aunado a la aceptación de cargos de forma libre, consiente y voluntaria, se encuentran probados los requisitos establecidos en los artículos 293, 351 y 381 del Código de Procedimiento Penal, para proferir sentencia condenatoria, habiéndose desvirtuado la presunción de inocencia del procesado.

En cuanto a la dosificación punitiva, en primer lugar resaltó que la eliminación de la agravante del artículo 241 numeral 7° del Código Penal, no obedeció a un beneficio para el procesado, sino a un ajuste conforme el principio de legalidad, específicamente al de estricta tipicidad, al considerar que los hechos objeto de acusación no se adecuaban en dicha circunstancia, por ello no se está ante la prohibición del inciso 2° del artículo 351 del CPP, relacionada con la proscripción de conceder un doble beneficio al procesado en virtud de un preacuerdo.

Efectuó consideraciones sobre la citada agravante, transcribiendo doctrina sobre el tema, para concluir que el retiro por parte de la Fiscalía fue acertado y se ajustó al principio de legalidad.

Destacó que no hay lugar a la aplicación del sistema de cuartos, como lo prevé el inciso 5° del artículo 61 del Código Penal, adicionado por el artículo 3° de la Ley 890 de 2004, imponiéndole al encartado la pena de 42 meses de prisión, conforme al preacuerdo por medio del cual se degradó el tipo de participación de autor a cómplice del delito de hurto calificado, así mismo teniendo en cuenta que la víctima fue indemnizada de manera integral, de conformidad con el artículo 269 del CP, le aplicó un descuento del 50%, en atención al tiempo que transcurrió entre la fecha de los hechos y los actos de reparación (casi dos años para la indemnización de los perjuicios), fijando una sanción definitiva de 21 meses de prisión, en igual cantidad la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Sobre los mecanismos sustitutivos de la pena, advirtió que como lo establecen los artículos 63 y 38 del estatuto sustantivo, no procede la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria, toda vez que el delito de hurto calificado se encuentra incluido en el inciso 2° del artículo 68A ibídem, por lo que ordenó librar orden de captura.

EL RECURSO

La defensora de **Jorge Armando Serrano Arias**⁶ apeló la sentencia, con el objeto que se modifique los numerales 2, 3 y 4 del fallo condenatorio, señalando que su defendido no cuenta con antecedentes penales, que desde los 14 años su familia presenta un grave problema de consumo de sustancias psicoactivas, que ha sido internado en el Hospital Psiquiátrico San Camilo, diagnosticándole trastornos mentales, de comportamiento y otros que lo han llevado a cuadros de intentos suicidas, además de registrar ingresos a la Clínica Psiquiátrica ISNOR y varios centros de rehabilitación por la adicción y al uso de drogas.

Refirió que en un centro carcelario no se lograría el proceso de resocialización y desintoxicación por los múltiples factores como el hacinamiento e insalubridad, además del denominado Covid-19, por tanto, solicitó que se interne al sentenciado en una entidad que trate estos trastornos, donde aceptaría ser conducido de manera libre y voluntaria.

Como fundamentos legales deprecó la excepción de inconstitucionalidad, para ello citó los artículos 4, 49 y 13 Constitucionales, la sentencia T-153 de 2014 sobre «derecho a la salud como derecho fundamental autónomo», la Ley 1566 de 2012, y otros fallos. Anexó copia de historia clínica del Hospital Psiquiátrico San Camilo del año 2014 en adelante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia. Conforme al numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer el recurso de apelación formulado por la defensa de **Jorge Armando Serrano Arias**, frente a la

⁶ Folios 5 a 11 cuaderno digitalizado.

sentencia condenatoria del 24 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de conocimiento de Bucaramanga, dentro del proceso que se le sigue por el delito de **hurto calificado**.

Si bien la alzada consiste en establecer si es procedente reconocerle al encartado la reclusión hospitalaria, por las condiciones personales y de salud que alega la defensa, previo a ello esta Colegiatura deberá realizar algunas consideraciones en torno a los términos del preacuerdo aprobado por la instancia y la declaratoria de responsabilidad, dado que no atienden a la postura jurisprudencial vigente en la materia, sin que puedan efectuarse modificaciones en razón de la prohibición de reforma en peor, ello tratándose del apelante único.

En audiencia del 26 de julio de 2021⁷, la delegada del órgano de persecución penal expuso lo siguiente en relación a los términos del acuerdo: *«la fiscalía, digamos, junto con el señor Jorge Armando Serrano Arias, acuerda en este caso que por concepto de la negociación o del preacuerdo, se degrada la conducta a cómplice, es decir, no obstante haber cometido la conducta como autor, en este caso se degrada a cómplice y por lo tanto la pena es de 42 meses o de 3 años y medio, y la pena entonces por concepto del preacuerdo sería de 42 meses.»*

Tales condiciones fueron aceptadas por el encartado conforme las indagaciones que realizó el juez unipersonal, quien previo a los interrogantes indicó que:

«la fiscalía ha dicho que el preacuerdo, los términos del preacuerdo consistirían en que usted acepta haber cometido el delito de hurto calificado, es decir, usted acepta que efectivamente ese día se apoderó de la motocicleta de propiedad del señor Héctor Hernández Durán, el día 28 de febrero del 2019, pero que a cambio de esa manifestación (...), con base en esa aceptación, o sea, usted acepta eso, la

⁷ Récord: 10:00 a 10:41.

fiscalía le hace una variación o una degradación en la participación de esa conducta, que lo degrada de autor a cómplice, en términos jurídicos el autor es aquella persona que comete la conducta, y el cómplice, para que usted me entienda, es simplemente una persona que presta una colaboración, pero que no comete directamente el delito.

En este caso esa variación de autor a cómplice, no significa que usted no haya cometido el delito, sino simplemente que para efectos de la pena a imponer se tendría en cuenta como si usted hubiese sido un cómplice, pero realmente usted acepta haber cometido o ser autor del delito de hurto calificado, esa variación de autor a cómplice conlleva a un descuento en la pena, en este caso sería de esa pena mínima de 7 años, pasaría a ser de 3 años y medio, o que es lo mismo 42 meses de prisión, esos serían los términos del preacuerdo, es decir, que usted por el solo preacuerdo podría ser condenado a una pena de 42 meses de prisión.»⁸

Más adelante le preguntó «¿usted acepta haber cometido el delito de hurto calificado, a cambio de degradar el tipo de participación de autor a cómplice, fijándose una pena de 42 meses de prisión?, sin tener en cuenta lo de la indemnización que eso lo analizamos en la sentencia, o sea, por el preacuerdo la pena son 42 meses, al momento de emitirse la sentencia se analiza lo de la indemnización que podría ser entonces de una pena mínima de 21 meses, pero por el solo preacuerdo la pena sería de 42 meses, para que nos entendamos»⁹, a lo que respondió afirmativamente (récord: 30:19).

*En la sentencia se consignó «El Despacho le impondrá al señor **JORGE ARMANDO SERRANO ARIAS** la pena de 42 meses de prisión, conforme al preacuerdo celebrado por la representante de la Fiscalía, la defensa y el procesado, por medio del cual se degradó el tipo de participación de autor a cómplice del delito de hurto calificado, contemplado en los artículos 239 y 240 inciso 4º del Código Penal», en la parte resolutive se le declaró cómplice penalmente responsable del delito de hurto calificado.*

⁸ Récord: 19:30 a 21:21.

⁹ Récord: 25:15 a 26:06.

Contexto frente al cual refulge para la Sala que, se desconoció la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia¹⁰, según la cual «*en virtud de un acuerdo, no es posible asignar a los hechos una calificación jurídica que no corresponda, como cuando se pretende reconocer una forma de participación en la conducta punible distinta a la realmente acreditada o sin ninguna base fáctica.*

Si bien, es viable tomar como referente una calificación jurídica discordante con la adecuación típica que se ajusta a los hechos objeto de acusación, ello sólo es admisible a fin de otorgar beneficios punitivos como contraprestación a la aceptación de responsabilidad. En esta última modalidad, la alusión a una calificación jurídica que no corresponde, «sólo se orienta a establecer el monto de la pena a imponer».»

Postura que resulta acorde con lo decantado en providencias SP2073-2020, rad. 52227, reiterada en la SP2295-2020, rad. 50659, donde «*la Corte clarificó que, si bien las partes pueden utilizar como herramienta de negociación una calificación jurídica diversa a la que legalmente corresponde, ello ha de verse reflejado en la imposición de la sanción penal, donde se concreta el beneficio, pero no en la declaratoria de responsabilidad penal.*»¹¹

De ahí que en el preacuerdo celebrado por el procesado **Jorge Armando Serrano Arias** y la condena emitida en su contra, no podía asumirse que la declaratoria de responsabilidad sería en calidad de cómplice del delito de hurto calificado, pues los supuestos fácticos atribuidos por la fiscalía correspondían al autor (art. 29 CP), por ende, debía ser condenado como tal, considerando la alusión a una forma de participación distinta solamente para efectos de punibilidad.

Sin embargo, en el presente evento se modificó indebidamente la adecuación típica, sin base fáctica, lo que se dijo en la providencia en cita «*es intolerable a la luz de la intelección actual de la jurisprudencia, pues tal opción corresponde a una modalidad prohibida de preacuerdos, al optar por una calificación*

¹⁰ CSJ SCP, AP744-2022, RAD. 59529.

¹¹ *Ibíd.*

jurídica que no corresponde a los hechos jurídicamente relevantes objeto de juzgamiento.»¹²

Empero, como se anotó en precedencia no es posible desmejorar las condiciones reconocidas al procesado, por tratarse del apelante único, conforme lo decantando por el órgano de cierre de la justicia penal en providencia SP4225-2020, radicado 51748, donde frente a un descuento superior al permitido, precisó tal inconveniente y llamó la atención a la fiscalía para que observara la jurisprudencia en materia de preacuerdos, que en el presente evento se hará concretamente a la Fiscal Veintinueve Local de Bucaramanga y al Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bucaramanga.

Dilucidado lo anterior, procederá esta Colegiatura con las consideraciones de índole fáctico y jurídico de la prisión domiciliaria por enfermedad, a efectos de resolver la alzada propuesta por la defensa de **Jorge Armando Serrano Arias**.

Sobre el tema se debe anotar que la detención intramural en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia o centro hospitalario determinado por el INPEC, cuando entre otras circunstancias, el acusado presentare estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

En ese sentido, el artículo 68 del CP establece:

«El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el

¹² CSJ SCP, AP744-2022, RAD. 59529.

condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta.

Para la concesión de este beneficio debe mediar concepto de médico legista especializado.

Se aplicará lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 38.

El Juez ordenará exámenes periódicos al sentenciado a fin de determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste.

En el evento de que la prueba médica arroje evidencia de que la patología que padece el sentenciado ha evolucionado al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida.»

De tal manera que cuando el condenado se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal, conforme a la norma aquí citada, el juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la residencia del penado o en centro hospitalario determinado por el INPEC, sin embargo, debe mediar concepto de médico legista especializado y se exigirá que se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 38B numeral 4 ibídem.

Además, en estos eventos el juez habrá de ordenar exámenes periódicos al sentenciado, para así determinar si la situación que dio lugar a la concesión de la medida persiste, pues en el evento de que la prueba médica evidencie que la patología que padecía el sentenciado ha evolucionado favorablemente, al punto que su tratamiento sea compatible con la reclusión formal, revocará la medida para ordenar el internamiento intramural. Nótese, entonces, que no se trata de cualquier enfermedad, sino que debe revestir gravedad y además tornarse incompatible con la vida en reclusión.

Para el caso concreto del procesado **Jorge Armando Serrano Arias**, su defensora alega que su prohijado presenta adicción a las drogas, así como problemas mentales relacionados con el mismo consumo, aportando historia clínica del Hospital Psiquiátrico San Camilo del año 2014 en adelante, pero sin allegar dictamen médico legal que refrende tal enfermedad y la entidad de la misma en caso de existir, que la haga incompatible con la vida en reclusión.

En la sentencia C-163 de 2019 la Corte Constitucional señaló que el numeral 4° del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, prevé que la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia, entre otros eventos, *«Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales»*, debiendo tener en cuenta los siguientes requisitos: *«i) mediación de concepto médico oficial quien debe dictaminar que el penado se encuentra aquejado por grave enfermedad y, ii) la conclusión del informe debe especificar la incompatibilidad de la patología diagnosticada con la vida en el centro de reclusión ordinario»*.

Por tanto, ese mecanismo sustitutivo *«opera siempre y cuando exista dictamen oficial expedido por médicos adscritos al Instituto de Medicina Legal, pues son ellos los autorizados por ley para prestar apoyo técnico y científico, así como el servicio forense cuando se requiere, a la administración de justicia.»*

En igual sentido, estableció que dichos presupuestos no tienen variación pese a la declaratoria de exequibilidad condicionada de un apartado de aquella disposición (CC C-163 de 2019), porque lo que allí se indica es que *«el acusado, además del dictamen de médicos oficiales, puede acudir a pericias de médicos particulares, ello con el fin de garantizar su derecho probatorio, como pedir y solicitar pruebas y a controvertir las que se presenten en su contra»*, sin que la conclusión sea que el concepto del galeno oficial pueda ser suplido por el de un particular.

En ese sentido se precisa que en el fallo en mención determinó que, sigue vigente la obligación de la valoración por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la diferencia es que ahora las partes pueden presentar dictámenes de índole particular para, eventualmente, rebatir las consideraciones y conclusiones del dictamen oficial, por lo que al funcionario judicial le corresponde analizar cuidadosamente a cuál otorga mayor valor y por qué, en aplicación del debido proceso probatorio-contradictorio.

Siendo del caso precisar que en el caso que ocupa esta decisión, no existe concepto de ninguna índole incorporado por el procesado o su defensa, aparte de la historia clínica, la que por cierto solo se allegó con la sustentación del recurso y no oportunamente en el traslado del artículo 447 del CPP, como debió efectuarse para que la juez de instancia la estudiara y decidiera de conformidad, además que en la misma se consignó respecto de Serrano Arias *«... paciente sin enfermedad orgánica en el momento, se continua manejo y seguimiento propuesto por psiquiatría.»¹³*.

Como en el presente caso no se presentó ni el dictamen de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ni uno particular a instancias del apelante que permitan denotar, se insiste, en virtud de la enfermedad a la que hace alusión la defensora para acceder a la prisión domiciliaria, no hay lugar a considerar la sustitución, dado que no es el juez quien puede determinar el estado grave incompatible con la reclusión intramural, sino como ya se dijo, un médico legista especializado, concepto que no se tiene en las presentes diligencias y que debió ser allegado por la recurrente oportunamente.

Resáltese que en el evento de requerir el sentenciado de algún tratamiento especializado estando en reclusión, el INPEC está en la obligación de suministrárselo a través de las empresas contratadas para la atención en

¹³ Anexo recurso de apelación.

salud de los internos, con lo que no queda desprotegida su salud. De otro lado, si ya viene recibiendo uno en materia de salud, no puede sufrir ningún cambio o interrupción porque tal instituto deberá coordinar la prestación oportuna y necesaria.

En los anteriores términos no hay lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad, como lo reclama la defensa, toda vez que no se evidencia cómo la observancia de la norma vulneraría garantías fundamentales, ni se aludió a la incompatibilidad del artículo 68 del CP con la Constitución, por el contrario, aquel precepto fue estudiado por el órgano máximo en la materia, quien determinó su exequibilidad condicionada, máxime cuando la llamada enfermedad grave a que alude aquella en sus argumentaciones para pedir la sustitución, no se encuentra acreditada idóneamente en los términos que establece el artículo 68 del CP, de ahí que no se presente situación particular alguna que lleve a la Sala a estudiar la inaplicación de dicha norma.

Además, si en verdad se obtuviese el dictamen de las connotaciones requeridas para acceder a la prisión domiciliaria por enfermedad, en fase de ejecución de penas perfectamente se puede solicitar, desde luego aportando lo requerido para obtener dicho beneficio.

En consecuencia, en lo que fue objeto de apelación, se confirmará la sentencia condenatoria del 14 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bucaramanga, mediante la cual declaró penalmente responsable a **Jorge Armando Serrano Arias** del delito de hurto calificado, en virtud de preacuerdo, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Finalmente, teniendo en cuenta que se allegó nuevo poder a favor de la profesional del derecho Laura Fernanda Silva Hernández identificada con

CC No. 1.095.790.957 y portadora de la TP 318389 del Consejo Superior de la Judicatura, así como sustitución del mandato por parte de su antecesor Noé León Ardila, se le reconoce personería para actuar en calidad de defensora del procesado con las facultades otorgadas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA (Sder), SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. - **Confirmar** la sentencia objeto de impugnación de contenido, fecha y procedencia anotados, en lo que fue objeto de apelación.

Segundo. - Reconocer personería jurídica a la profesional del derecho Laura Fernanda Silva Hernández identificada con CC No. 1.095.790.957 y portadora de la TP 318389 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en calidad de defensora de **Jorge Armando Serrano Arias** con las facultades otorgadas.

Tercero. - Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de Casación, que deberá interponerse y sustentarse en el término de Ley.

Cuarto. - Esta decisión se notifica en estrados. Una vez ejecutoriada, devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Los Magistrados,



GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA



RAFAEL ENRIQUE LÓPEZ GÉLIZ



PAOLA RAQUEL ÁLVAREZ MEDINA

Registro del proyecto el 17 de marzo de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BUCARAMANGA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente: Shirle Eugenia Mercado Lora

Radicación:	684066105821-2008-80054 (21-537A)
Procedencia:	Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga
Procesado:	Luis Hernando Rodríguez Rivera
Delito:	Acto sexual con menor de catorce años agravado
Apelación:	Sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma
Aprobado:	Acta N.º 91
Fecha:	6 de febrero de 2023

I. ASUNTO POR DECIDIR

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia del 6 de agosto de 2021 mediante la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga condenó a Luis Hernando Rodríguez Rivera como autor responsable del delito de acto sexual con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

II. HECHOS

En la sentencia de primera instancia se registran los siguientes hechos:

“La presente investigación penal se inició por cuenta de la denuncia instaurada por la señora SAHILY ARENALES ORTIZ el 16 de julio de 2008, en representación de su hija y de otras madres de familia donde aseguró haber tenido conocimiento que sus menores hijas FLOR MARIA MONCADA, KAROL DAYANA RUEDA BLANCO, SILVIA FERNANDA RODRIGUEZ CHACÓN Y ANGIE TATIANA GALEANO MARIÑO, durante los meses de abril a julio de 2008 por entonces con 8 años de edad, habían sido sometidas a prácticas sexuales, tales como tocamientos en sus partes íntimas e insinuaciones sexuales, por parte de su docente LUIS HERNANDO RODRIGUEZ RIVERA, del colegio nuestra señora de las mercedes del municipio de Lebrija (S), hechos que tuvieron ocurrencia en el salón de clase.” (sic)

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 6 de febrero de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Lebrija, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación a Luis Hernando Rodríguez Rivera por el delito de acto sexual con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, cargo que no fue aceptado por el procesado.

3.2. Radicado el escrito de acusación, las diligencias correspondieron por reparto al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga, realizándose la audiencia de formulación de acusación el 26 de mayo de 2014 y la audiencia preparatoria el 13 de octubre de 2015.

3.3. Acto seguido, el juicio oral se adelantó en múltiples sesiones del 9 de febrero de 2017, 9 de junio de 2017, 4 de agosto de 2017, 14 de noviembre de 2017, 14 de junio de 2019, 3 de julio de 2019, 9 de agosto de 2019, 3 de septiembre de 2019, 23 de septiembre de 2019, 12 de marzo de 2020 y 24 de noviembre de 2020 oportunidad en la que se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y se surte el traslado del artículo 447 del C.P.P.

3.4. Finalmente, el 6 de agosto de 2021 se procedió con la lectura de la sentencia condenatoria, contra la cual la defensa presentó y sustentó en el término legal para ello, recurso de apelación.

IV. PROVIDENCIA IMPUGNADA

El A quo abordó la exposición de sus argumentos con los dos problemas jurídicos a resolver que planteó de la siguiente manera: (i) ¿se vulnera dentro del presente proceso el derecho al debido proceso del acusado y por ende resulta viable acceder a la pretensión anulatoria incoada por la defensa de Luis Hernando Rodríguez? y (ii) ¿si el caudal probatorio vertido en el debate de juicio oral permite arribar al conocimiento más allá de toda duda de la existencia del delito y de la autoría y responsabilidad del acusado Luis Hernando Rodríguez Rivera como autor del punible de acto sexual con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, por los hechos ocurridos en Lebrija durante el año 2008?

En cuanto al primero de ellos, destacó que la causales para alegar una nulidad se encuentran de forma taxativa en la ley. Descendiendo al caso en concreto, en lo que atañe a la presunta afectación del derecho fundamental al debido proceso, alegada por la defensa, señaló que el incidente propuesto resulta improcedente dado que el debate sobre nulidad del proceso por aplicación de una

norma posterior no fue previsto como uno de los temas a resolverse a través del incidente procesal, y en ese sentido rechazó la referida solicitud incidental.

Al margen de lo anterior, aclaró que, desde la formulación de imputación se indicó que el delito enrostrado a Luis Hernando Rodríguez Rivera no es otro que el contenido en el artículo 209 del Código Penal, con su agravante por cuenta del inciso segundo del artículo 211 de la misma codificación, luego atendiendo a la fecha de los hechos, la ley aplicable no es otra que la Ley 599 con su aumento contenido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

En ese sentido, afirmó que es claro que no se está aplicando la Ley 1236 del 23 de julio de 2008, pues para la judicatura siempre fue claro que la ley aplicable era la anterior por ser los hechos anteriores a la comisión de la conducta punible, contándose entonces con unos extremos de movilidad punitiva de 64 a 135 meses de prisión.

Por lo anterior, concluyó que no se advierte la configuración de ninguna de las pretendidas cuales de anulación planteadas por la defensa técnica y en ese sentido, continuó con el análisis del segundo problema jurídico.

Sobre el particular, realizó un breve recuento normativo y jurisprudencial respecto del delito endilgado y posteriormente se refirió a las estipulaciones probatorias incorporadas por las partes y al contenido de la prueba testimonial practicada en el devenir del juicio oral.

Seguidamente refirió que, es claro que se logró acreditar de manera certera a través de las estipulaciones probatorias que las menores víctimas para la época de los hechos contaban con 8 y 9 años, elemento objetivo del tipo penal. Del mismo modo, se demostró que el procesado para la época de los hechos fue docente del Colegio Integrado Nuestra Señora de la Mercedes sede B de Lebrija, Santander, en el que estudiaban las menores ofendidas en el grado tercero de primera, de lo que se coligen indicios de presencia y oportunidad.

Además, en lo referente a los testimonios, declaró que estos fueron analizados de forma individual y en conjunto teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos, a partir de ello indicó que los hechos fueron narrados en forma detallada por las víctimas, sin que existiera un testigo directo de descargo que rompiera con la unanimidad y consistencia de los hechos, luego no hay lugar para restarle credibilidad a las víctimas.

Por otra parte, destacó que la psicóloga que recibió a declaración de las menores, indicó que cada una de ellas demostró la coherencia y consistencia de sus relatos, así como la similitud de los sucesos entre todas las declaraciones,

naturales y espontáneas, las cuales coinciden con la declaración de la médico legista, quien señaló en la anamnesis lo expuesto por las menores en la valoración, consultas en las que fueron coincidentes en señalar que su profesor Luis Hernando Rodríguez les realizó tocamientos.

En ese orden de ideas, indicó que los referidos tocamientos definitivamente son de contenido sexual, atendiendo a las zonas erógenas palpadas -glúteos y vagina-, comoquiera que las menores fueron enfáticas en señalar estos manoseos sobre su ropa, especialmente la menor ATGM, quien indicó que el procesado realizó los tocamientos sobre su vagina por arriba de la ropa, así como KDRB, quien señaló que Rodríguez Rivera, le tocó sus glúteos mientras la obligaba a sentarse en sus piernas e incluso que observó que esto mismo sucedió con ATGM y que presenció cuando el acusado ingresó su mano en el bolsillo de la jardinera de su compañera y le tocó sus partes íntimas.

Afirmaciones, que del mismo modo realizó la menor SFRC, quien además de hacer referencia a los tocamientos de los que fue víctima, narró las manifestaciones del acusado donde solicitaba besos en la boca, acompañamiento al baño, circunstancias a partir de las concluyó que las manifestaciones realizadas no eran comunes en un profesor, sino que tenían una satisfacción de libido.

Con ocasión a lo anterior, indicó que la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el delito de actos sexuales no requiere una desnudez o estimulación de zonas genitales, pues la libido sexual puede buscar ser satisfecho por el victimario en otras zonas que también le generan satisfacción.

Además, refirió que, aunque es cierto que la Dra. Ana Elvira Aguilera Norato, asistió como testigo de fungibilidad de la Dra. Alexandra Santodomingo, esta ratificó que de la valoración sexológica que hiciera -cuyos hallazgos consignó en los informes base- que no hay hallazgos clínicos de agresión sexual, ano tono y forma anal anormal, himen integró, sin descartar la ocurrencia de los hechos, tales como tocamientos, en tanto que es el relato circunstanciado realizado por la ofendida, lo que permite arribar al convencimiento de la ocurrencia del injusto.

Seguidamente se remitió al concepto de corroboración periférica, acuñado recientemente por la Sala de Casación Penal de la C.S.J, y a partir de ello señaló que cobra particular importancia el señalamiento directo, expreso y que sin dubitación alguna hicieran las menores respecto de Rodríguez Rivera de ser al autor de dicho reato, máxime cuando aún los testigos de la defensa, esto es Jerónimo Alonso Ordoñez Marques, Zaida Johana Cárdenas Jerez y Ana Yuleizy Castañeda Uribe, manifestaron no tener conocimiento de alguna denuncia por agresión sexual en contra del acusado, no desacreditan con su dicho la ocurrencia

del injusto y tampoco estuvieron presentes en el momento de los hechos, por lo que no pueden derruir la credibilidad que tienen las víctimas.

Al margen de lo anterior, refirió que no resulta válida la argumentación de la defensa, en cuanto a la capacidad de mentir sobre esta situación de unas menores de 8 y 9 años, y de mantenerse en esas afirmaciones incluso muchos años después, situación que no responde a la sana crítica y a la coherencia y consistencia de las declaraciones.

Ahora, en cuanto a los alegatos conclusivos de la defensa en los que afirma que al no existir un estudio medico de evaluación clínica que demuestre secuelas psicológicas no puede demostrarse la comisión de una conducta de actos sexuales, pues al analizarse los cargos imputados al procesado, claramente no se exige la existencia de secuelas o daños de carácter transitorio o permanente, de allí que esta solicitud es absolutamente infundada.

En ese sentido, destacó que esta apreciación carece de fundamento y solo está llamada a fracasar en tanto, no es uno de los ingredientes normativos del delito de actos sexuales con menor de 14 años el que la víctima tenga secuelas cognitivas. Así como tampoco se exige una valoración psicológica sobre estas secuelas a fin de probar la responsabilidad. No obstante, refirió que en juicio se presentó la psicóloga Alba Milena Jaimes Acevedo, que recibió y autenticó la base pericial de entrevista de las menores, en las que consignó la autenticidad de los dicho, coherencia, consistencia y correlación de todos los testimonios, sin que hubiese establecido causales para inferir mendacidad, por lo que estimó pertinente señalar que el relato dado por las menores a través de las distintas entrevistas y exámenes realizados es coincidente entre sí.

Así las cosas, concluyó que las menores víctimas han sido consistentes y reiteradas, pues en los detalles esenciales coinciden plenamente, aunque como es obvio, sus versiones no son copia integra una de otra, circunstancia que si diese lugar a sospechar sobre su espontaneidad y veracidad.

Finalmente, concluyó que el procesado incurrió en el delito enrostrado por la agencia fiscal, así por estar corroborado de manera amplia en los aspectos esenciales, por los medios de convicción que oportunamente la Fiscalía allegó a juicio que ponen de manifiesto las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que los hechos se desarrollaron que soportado en la restante prueba testimonial, como de referencia y análisis periciales, permiten arribar a un convencimiento más allá de toda duda razonable, sobre la ejecución del injusto.

En cuanto a la dosificación de la pena, partió del artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 que para la fecha de los

hechos contemplaba una pena de 4 años a 7 años y 6 meses de prisión, comportamiento que agravó por el numeral 2 del artículo 211 ibidem, estableciendo uno extremos punitivos de 64 a 135 meses de prisión.

Seguidamente, tras establecer los cuartos de movilidad, indicó que atendiendo a que la Fiscalía en la acusación reportó circunstancias genéricas de menor punibilidad -ausencia de antecedente penales- y por el contrario no le enrostró ninguna de mayor punibilidad, la sanción a imponer se enmarcaría entro del cuarto mínimo que comprende una pena de 64 meses a 81 meses y 22 días de prisión.

Así las cosas, en virtud de lo consagrado en el artículo 31 del Código Penal, partió del monto mínimo, esto es 64 meses y lo aumento en 17 meses por el atentado contra la libertad sexual contra las 3 menores víctimas, estableciendo una pena de 81 meses de prisión.

Continuo su argumentación, con el estudio de los subrogados penales y finalmente, profirió sentencia condenatoria en contra del procesado como autor responsable del delito de acto sexual con menor de catorce años en concurso homogéneo y sucesivo, por los hechos ocurridos en Lebrija, Santander, en el año 2008 donde resultaron como víctimas las menores FMM, KDRB, SFRC y ATGM.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la defensa interpuso recurso de apelación destacando que fue interpuesta denuncia penal en contra de Luis Hernando Rodríguez Rivera, el 16 de julio de 2008 por presuntas conductas violatorias del artículo 209 del C.P., cometidas a inicios de ese año, según los relatos en marzo, abril y mayo de 2008.

Seguidamente, señaló que el 16 de febrero de 2013 fue la formulación de imputados en contra de Rodríguez Rivera y en marzo de 2013 se presentó el correspondiente escrito de acusación, sin más datos, es decir omitiendo la fecha exacta de presentación del referido escrito, en el cual se hacía alusión a una pena de 48 a 90 meses en virtud de la ley 1236 del 23 de julio de 2008, que es posterior a la ocurrencia de los hechos e incluso de la interposición de la denuncia -16 de julio de 2008-.

Así mismo, indicó que en el referido escrito se hacía alusión al agravante contenido en el artículo 211 numeral 2 del C.P., estableciendo un rango de movilidad de 64 a 135 meses de prisión, reiterando que se está aplicando el quantum punitivo de la Ley 1236 de 2008, lo que es desfavorable para su prohijado.

Por otra parte, cuestiona porque en el proceso de dosificación punitiva se aplica la mitad y no la tercera parte, como lo establece la norma, máxime cuando el procesado carece de antecedentes penales y ha acudido a la justicia cuando se la ha requerido. En ese sentido, cuestionó al ámbito de movilidad de 9 a 13 años que estableció el A quo en el sentido del fallo, desconociendo el principio de congruencia entre la acusación y el sentido del fallo, sin advertir las siguientes nulidades que a su juicio existen en el proceso: (i) por violación al debido proceso, al aplicarse normas que son desfavorables a su prohijado, como la Ley 1236 del 23 de julio de 2008, pese a que los hechos ocurrieron con anterioridad a esta, y (ii) la inobservancia de la prescripción de acuerdo a normas más favorables.

En mérito de lo expuesto, indicó que el incidente de nulidad planteado fue resuelto por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga en la lectura del fallo que se adelantó el 6 de agosto de 2021, aclarando que no se aplicaba la Ley 1236 para el quantum punitivo y que se partía de las penas impuestas por la Ley 599 de 2000, aumentadas en una tercera parte respecto del mínimo y la mitad respecto del máximo y considerando que por el concurso sobre esta pena se aumentaría otra tercera parte respecto del mínimo y la mitad respecto del máximo, aplicando entonces una pena mínima de 64 meses de prisión y máxima de 135 meses, sin pronunciarse respecto de la prescripción alegada, respecto de la cual partiéndose de los hechos iniciados en el año 2007, esta se aplicará desde el momento de la imputación, excediendo la mitad para llegar a la sentencia de primera instancia.

Sobre el particular, indicó que en el caso en concreto no se cumplen con los presupuestos del artículo 1 de la Ley 1154 de 2007 por ser una ley posterior, pues al analizarse los testimonios, en algunos hacen referencias de ocurrencias de los hechos en el año 2007 y otros en el primer semestre de 2008, lo que de contera, permitirá inferir razonablemente que las acciones por parte del presunto perpetrador se iniciaron en el 2007 y por tanto no podrían aplicarse normas posteriores para evitar una prescripción.

Acto seguido, con ocasión a la decisión de fondo, destacó que la profesional de psicología no cumplió con lo ordenado por la Fiscalía para las entrevistas en cámara Gesel y los protocolos para tomar las entrevistas como lo ha ordenado la Corte Suprema de Justicia en sentencia 28942020 del 12 de agosto de 2020.

A partir de ello, indicó que el juez de primera instancia, no realizó un test de proporcionalidad y razonabilidad en el estudio integral que había debido hacerse a la prueba pericial de la psicóloga que en nada utilizó los elementos de corroboración para generar credibilidad en los dichos de las víctimas, desconociendo el primer elementos “que es el daño psíquico sufrido por las menores”, puesto que el dicho

daño no se mencionó en las conclusiones del aludido peritazgo, al punto que se desconoce si existió.

Igualmente, argumentó que se desconoció el segundo de los elementos a los que se hace referencia “al cambio comportamental de las víctimas”, pues se evidenció que en todas las menores su vida transcurrió en una situación normal, como ellas mismas lo manifestaron en sus dichos e incluso que su rendimiento académico no fue inferior al de los años anteriores a este suceso.

En cuanto al elemento número tres de corroboración, relacionado con las características del inmueble o lugar donde ocurrieron los hechos, destacó que se desconoció que el informe FPJ 8 elaborado por el policía judicial PT Jorge Giraldo Ortega, en el que se evidenciaron la vista que se tenía hacia el recinto o aula escolar por parte del vigilante que constantemente hacía rondas con la directora del plantel, quienes hubiesen podido advertir una situación anormal por parte del procesado en su labor como docente, destacando que incluso los compañeros de clase de las víctimas, desmintieron esos tocamientos a los que hicieron alusión en sus testimonios.

Además, resaltó que tampoco se tuvo en cuenta el elemento número quinto, que hace referencia a las actividades realizadas por el victimario para poder estar a solas con las víctimas, pues de los relatos de las menores se extrae que los hechos los realizaba en presencia de los demás estudiantes del salón que incluso se podía visualizar desde el exterior por parte de los demás docentes, el vigilante o portero y estudiantes del colegio, sin que ello sucediera como se extrae de los testimonios de la defensa.

Del mismo modo, indicó que tampoco encuentra acomodo en este dictamen pericial el elemento número siete de corroboración “cuál es la fijación de porque el hecho no fue percibido por otras personas”, destacando que a pesar de los relatos por las menores no se entiende porque nadie más pudo percibir tal situación.

A su vez, en cuanto al elemento número ocho de corroboración “que hace referencia a circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual entre otros”, señaló que nada se dijo por parte de la psicóloga, en el entendido que dentro de las reglas de la experiencia tenemos que la persona proclive a esta clase de delitos sexuales, para proteger su identidad y su buen nombre, buscan lugares apartados y ocultos para consumir sus negras intenciones, situación que le resta credibilidad de manera ostensible a la prueba pericial emitida por la psicóloga, que en nada hace referencia a estos aspectos y que solo se limitó a indicar que no percibió que se estuviera diciendo mentiras por parte de las menores, dándoles credibilidad aplicando una técnica fuera de contexto.

Seguidamente, refirió que las reglas de la experiencia que son las del diario vivir, permiten inferir que los conocimientos que tiene los menores hoy en día a pesar de tener una corta edad, por el acceso que tienen a redes sociales y al uso de las tecnologías, les permite ser fantasiosos y de pensar en algunas ocasiones con un grado de madurez que no es acorde a su edad.

En mérito de lo expuesto, concluyó que el dictamen pericial emitido por la psicóloga no reúne los requisitos legales para ser tenido en cuenta como prueba veraz y revestida de una ética profesional ajustada a derecho, pues desconoce totalmente los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia, siendo entonces insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de su prohijado.

Por otra parte, señaló que el dictamen sexológico de medicina legal practicado a las menores fue realizado por la Dra. Alexandra Patricia Santodomingo Torres, prueba pericial que fue debatida e incorporada en sede de juicio oral por la Dra. Ana Elvira Aguilera Norato, advirtiendo que la acreditación e incorporación de dicha prueba adolece de los requisitos exigidos en cuanto a las pruebas periciales del estatuto procesal penal señaladas en los artículos 406 y 411,, vulnerando así el debido proceso y en especial al de una defensa técnica adecuada, en el entendido que la prueba de carácter pericial tiene validez y puede ser incorporada en el proceso, solo por quien la practicó, y en el caso en concreto, quien practicó la prueba no fue la misma persona que la incorporó y en ese sentido, la misma no puede ser tenida en cuenta por el administrador de justicia para sustentar la decisión de primera instancia, generándose una nulidad saneable a la hora de la fijación del litigio antes de proferir el fallo.

Además, en cuanto la anamnesis contenida en dichos informes, destacó que nada dice respecto a la materialización de los hechos, pues no se puede dar credibilidad a los dichos de la médico de medicina legal, pues esta era médico mas no psicóloga o psiquiatra clínica forense experta en entrevista de menores, además de que no fue quien practicó la prueba para dar fe de los dichos de las niñas, destacando igualmente, que esta prueba tampoco reúne los elementos de corroboración expuestos en la sentencia 28942020 del 12 de agosto de 2020.

En cuanto a los testimonios de las madres de las menores y demás testigos, indicó que solo son pruebas de referencia o de oídas, que solo son réplicas de los dichos de las menores, llamando la atención de la prohibición expresa de emitir sentencia condenatoria basado solo en prueba de referencia.

Así las cosas, concluyó que al no existir elementos materiales probatorios que puedan desvirtuar la presunción de inocencia de su prohijado, se debió proferir una sentencia absolutoria en favor de este, afirmando que el A quo no observó las

formas propias del proceso en materia probatoria y desconoció el principio de duda razonable.

En ese orden de ideas, afirmó que la Fiscalía General de la Nación, en su proceso investigativo, no logró desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, pues encontró sustento en pruebas periciales totalmente alejadas de la realidad y fuera del contexto judicial al desconocer los principios básicos de la recolección de pruebas y el manejo de las mismas en su cadena de custodia, pues se advierte que fueron contaminadas y viciadas al llevar peritos para sustentar una prueba que no había sido recolectado ni practicada por este, y en el caso del dictamen pericial de psicología que no reunía los requisitos mínimos ordenados por la misma fiscalía como al utilización de la cámara de Gesel y sin observar los elementos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para dar credibilidad a las versiones de las menores.

En suma, refirió el juez de primera instancia, no tuvo en cuenta los testimonios de Jerónimo Alonso Márquez, vigilante del plantel educativo de 2002 a 2016, de Gloria Esperanza Fuentes Muñoz, directora del plantel educativo para la época de los hechos.

Igualmente, afirmó que se desconocieron los testimonios de Julián Andrés Felipe Visbal Carillo, quien manifestó que estudió con las niñas en ese grado y que jamás observó conducta o comportamiento obsceno del profesor hacia sus compañeras de estudios, y que esas niñas eran extrovertidas.

Así como el dicho de Zaida Johana Cárdenas Jerez, quien fue compañera de ese grado de estudio de las supuestas víctimas, quien indicó que tampoco tenía conocimiento de las denuncias en contra del profesor y que no observó comportamientos obscenos en contra de sus compañeras, refiriendo a Silvia como una persona mandona sin recordar nada más por el periodo de tiempo transcurrido.

Incluso, refiere que se dejó de lado lo referido por Ana Telezzy Castañeda Uribe, quien también fue compañera en ese grado de las menores denunciadas, quien relató que no recuerda tocamientos del profesor a estas menores y que no tenía más recuerdos por el tiempo transcurrido.

Finalmente, refirió que de lo expuesto en precedencia se puede concluir que el juez de primera instancia no hizo un estudio integral e individual de las pruebas, porque si se hubiera realizado, hubiese podido inferir de manera razonada que los hechos narrados por las presuntas víctimas y por la madres o representantes legales de las mismas, no obedecen a una realidad y son producto de la invención e imaginación de las menores FMMA, KDRB, SFR y AGTM, originados por

inconvenientes estrictamente académicos con el profesor Luis Hernando y que debido a ese malestar arremetieron en contra del docente con una capacidad fabulesca de producir daño.

Además, afirmó que la menor SFR fue quien puso haber incitado a las demás compañeras para que denunciaran estos supuestos abusos por parte de su docente y de esta manera perjudicarlo, pues más allá de toda duda razonable se encuentra que ninguno de los testigos pudo percibir dicha conducta pese a que los actos se realizaron en público, esto es en el aula de clases y en la cafetería del colegio Nuestra Señora de las Mercedes sebe B de Lebrija, frente a sus compañeros de aula y de todo el colegio y de los demás docente.

Seguidamente expuso de los fundamentos de derecho de su recurso de alzada y finalmente solicitó: (i) que se revoque el fallo de primera instancia, (ii) que se suspendan las actuaciones de privación de libertad de mi cliente hasta que se tome la decisión de segunda instancia y (iii) que se explique el quantum punitivo de 81 meses por no ajustarse a los cuartos mínimos respecto de un aumento por concurso.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. De la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto contra el fallo condenatorio proferido el 6 de agosto de 2021 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga; bajo esa premisa estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, únicamente se abordarán los asuntos objeto de inconformidad y los inescindiblemente ligados a estos en virtud del principio de limitación.

6.2. Problema jurídico

De conformidad con las censuras planteadas por el recurrente, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar si es aplicable – en el caso sub examine- el artículo 1 de la Ley 1154 de 2007 a efectos de determinar la vigencia de la acción penal.

¹29 “Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.”

Dilucidado lo anterior, en el evento de advertirse que la acción penal no se encuentra prescrita como lo plantea el censor, le corresponderá entonces a la Sala determinar si con las pruebas allegadas al juicio oral es procedente arribar al conocimiento, más allá de duda razonable, de la ocurrencia de los hechos constitutivos del punible objeto de acusación y de la responsabilidad del procesado, a efectos de que se revoque la sentencia condenatoria y, en su lugar, se emita una en sentido absolutorio. Ello, claro está, teniendo en cuenta que los medios de conocimiento sólo son aquellos que se han producido como pruebas dentro de la audiencia pública².

6.3. De la vigencia de la acción penal.

Así, se tiene que el artículo 1° de la Ley 1154 del 4 de septiembre de 2007, modificó el término de prescripción cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos en menores de edad, adicionando el inciso 3° al artículo 83 del Código Penal que señala:

“Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.”

Ahora, si bien el referido artículo señala un término para que se configure la prescripción de la acción penal de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos en contra de menores de edad, el cual empezará a contarse una vez la víctima alcance la mayoría de edad, si antes de que se cumpla dicho término se formula imputación, este se verá interrumpido y empezará a correr de nuevo por la mitad, es decir 10 años. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado³:

“(…) si bien el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007 fija una prescripción especial de la acción penal de 20 años respecto de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales e incesto, cuando el sujeto pasivo de esas conductas punibles es un menor de edad, término que se cuenta a partir de que éste cumpla la mayoría de edad; por igual se tiene que si el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, en los casos gobernados por la Ley 906 de 2004, formula la respectiva imputación, el término extintivo se interrumpe y comienza a correr uno nuevo de la mitad, es decir, 10 años.”

Así las cosas, es claro que el artículo 1° de la Ley 1154 de 2007 se encontraba vigente para la época de los hechos objeto de juzgamiento, comoquiera que del

² Artículo 16 C.P.P.

³ CSJ-SP8093-2017, 7 jun. 2017, Rad. 46.882

núcleo fáctico comunicado por el ente acusador en la formulación de imputación y en la acusación, se estableció de forma clara que los hechos ocurrieron durante el año 2008, exactamente desde el mes de abril a julio de ese año.

Circunstancia que posteriormente fue corroborada por los medios de convicción, pues las menores víctimas que concurrieron al juicio oral, fueron claras en señalar que las agresiones sexuales cometidas en su contra ocurrieron mientras ellas cursaban tercer grado en el año 2008, en la institución educativa Colmercedes de Lebrija, Santander, como lo corroboraron las progenitoras de estas menores, quienes relataron que se enteraron de esa situación en el año 2008, cuando las niñas cursaban tercer grado, siendo su docente Luis Hernando Rodríguez Rivera.

Luego, el argumento del censor de que estos hechos comenzaron a consumarse en el año 2007 carece de soporte alguno, pues contrario a su discernimiento, ningún testigo dio cuenta de esta situación, a tal punto que para esa época el procesado ni siquiera era docente de las menores víctimas. En ese sentido el término de prescripción a tener en cuenta para el caso en concreto no es otro que los 10 años, una vez formulada la correspondiente formulación de imputación que prevé el artículo 1 de la Ley 1154 de 2007, descartándose así, la configuración de la prescripción de la acción penal.

6.3. Precisiones preliminares

El examen que conduce a determinar si la conducta reviste la condición delictiva o no, debe partir de los presupuestos previstos en el artículo 9° del Código Penal, esto es, que la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

A su vez, el art. 7° de la Ley 906 de 2004, al consagrar los postulados garantistas de la presunción de inocencia y del *in dubio pro reo*, ubica en cabeza del órgano de persecución penal –Fiscalía–, la carga de probar la responsabilidad del acusado.

Precisa la norma jurídica examinada en su inciso final que, “[p]ara proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda”; previsión que se hila con lo preceptuado por el art. 381 ejusdem, en virtud del cual, “[p]ara condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.”

Las pruebas, en todo caso, deben satisfacer los postulados garantistas de oportunidad, publicidad, contradicción e inmediación previstos en los arts. 374, 377, 378 y 379 del CPP, y que, además, deben apreciarse en conjunto, consultando

los criterios de valoración previstos normativamente para cada medio de conocimiento, tal como lo establece el art. 380 *ibidem*.

6.4. De la valoración del testimonio de un menor de edad víctima de un delito sexual.

A la hora de valorar el testimonio de la menor víctima de un delito sexual debe tenerse en cuenta que este tipo de conductas punibles de connotación sexual por lo general se cometen en entornos privados, dejando en la mayoría de los casos a la víctima como único testigo directo de la agresión.

De manera que su valoración implica un especial cuidado, puesto que además de ser el único testigo directo del hecho delictivo –en la mayoría de los casos-, es un sujeto de especial protección constitucional. Circunstancias que no pueden suponer el menoscabo de las garantías mínimas del procesado, asumiendo en todos los casos como verdades irrefutables las atestaciones hechas por el menor de edad.

Por lo cual, la valoración de este testimonio debe realizarse en el marco de la normatividad procesal vigente, concretamente conforme a los criterios objetivos previstos en el artículo 404 de Ley 906 de 2004, los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“(…)

Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido que lo sucedido le genera.

(…)

Desde luego, a esos conceptos intrínsecos del testimonio y quien lo rinde, deben agregarse para la verificación de su trascendencia y efectos respecto de objeto central del proceso, aquellos referidos a cómo los demás elementos suasorios apoyan o contradicen lo referido, había cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen en conjunto y de

contexto de todos los medios de prueba arrimados legalmente al debate.⁴

Sobre el particular, es pertinente precisar que en el actual sistema procedimental penal -regido por la Ley 906 de 2004-, únicamente se estima como prueba la que se ha producido o incorporado en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento.

No obstante, las declaraciones rendidas con anterioridad al juicio excepcionalmente pueden constituir prueba en las siguientes circunstancias excepcionales: (i) la indisponibilidad del testigo por cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 438 del CPP, que habilita la admisión de dicha declaración como prueba de referencia y, (ii) cuando el testigo comparece a juicio para variar su versión anterior o retractarse de la misma, evento en el cual la declaración anterior podrá ser incorporada como testimonio adjunto.⁵

Bajo las anteriores premisas, cuando la menor víctima de un delito sexual acude al juicio oral a rendir su testimonio, y no se retracta de sus declaraciones iniciales y la fiscalía tampoco sustenta la admisibilidad excepcional de estas declaraciones como prueba de referencia, cualquier declaración rendida por la menor antes del juicio, incluso aquellas rendidas en el marco de una valoración de tipo sexual o psicológico, no podrán ser objeto de valoración.

Al respecto la Corte ha indicado:

“los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) si la parte pretende utilizar estas versiones para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración, al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia.⁶”

6.4. De la perspectiva de género en el proceso penal

Previo abordar el ejercicio de valoración probatoria, emerge necesario destacar que su estudio debe ser abordado desde un enfoque de género, el cual constituye un mandato constitucional y supraconstitucional que vincula a todos los órganos e instituciones del poder público, imponiéndoles el deber, en el marco del ejercicio de sus funciones y competencias, a obrar de modo que identifiquen,

⁴ CSJ SP, 25 enero 2017, rad. 41948

⁵ CSJ, 18 agosto 2021, rad. 56357

⁶ CSJ SP 26 sep. 2018, rad. 47789

cuestionen y superen la discriminación social, económica, familiar e institucional a la que históricamente han estado sometidas las mujeres⁷.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia ha destacado que:

“el deber de diligencia debida en materia de protección a las mujeres, consagrado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW- y en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres –Convención de Belem do Pará-8, implica, entre otras cosas, una reorientación de la labor investigativa, en orden a visibilizar las circunstancias reales bajo las cuales ocurre la violencia y la discriminación que afectan a este grupo poblacional, lo cual implica que, frente a la violencia exacerbada y poco visibilizada que históricamente ha agobiado a las mujeres, el acceso de estas a la administración de justicia «supone un cambio estructural del derecho penal que integre una perspectiva de género tanto en los tipos penales que lo componen como en su investigación y sanción»⁸”.

Ahora, si bien esta perspectiva de género no aporta algún específico criterio racional para la valoración probatoria, si le impone al funcionario judicial la adopción de un razonamiento probatorio libre de sesgos cognitivos o prejuicios de género. Así lo ha señalado la Corte Suprema que en punto de los artículos 18 y 19 de la Ley 1719 de 2014 expuso:

“Como se ve, fue la voluntad expresa del legislador negar la validez de ciertos razonamientos inferenciales o probatorios que, bajo el disfraz de reglas de la experiencia, simplemente esconden posturas estereotipadas, prejuicios o pretensiones de control masculino sobre la sexualidad y el cuerpo de las mujeres. Algunos de los procesos inductivos que por inequívoco mandato legal deben reputarse inadmisibles son los siguientes:

- (a) La mujer guardó silencio o no ejerció resistencia ante un avance sexual, luego la interacción sexual fue consentida (art. 18, n. 2).
- (b) En el cuerpo de la mujer no se encontraron marcas, rastros, heridas o vestigios de semen u otros fluidos, luego el hecho no ocurrió o no fue violento (art. 19, n. 1 y 2).
- (c) El agresor usó un condón, luego la interacción sexual fue consentida (art. 19, n. 3).

Tales reglas, en esencia, conllevan la negación normativa de juicios probatorios viciados por preconceitos machistas sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual. Justamente, «la persistencia de estos prejuicios en el sistema de administración de justicia penal afecta al derecho de la mujer a un juicio justo y

⁷ CSJ SP, 1 julio 2020, rad. 52897

⁸ CSJ SP, 18 agosto 2021, rad. 57196

evita la plena aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto impone obstáculos que los hombres no enfrentan”⁹

6.5. Del caso concreto

Dilucidado lo anterior, se impone a esta colegiatura, en primer término, efectuar el juicio de tipicidad en orden a determinar si en el caso examinado se estructura el punible de acto sexual con menor de catorce años agravado por el cual, se itera, se acusó a Luis Hernando Rodríguez Rivera.

La referida conducta punible está descrita y sancionada en el artículo 209 del Código Penal, modificado por la ley 890 de 2004, en los siguientes términos:

« 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, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses».

Conforme a la anterior descripción típica, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha definido características de este ilícito: i) se trata de un delito de mera conducta porque no requiere que el menor realice alguna actividad lúbrica, ii) contempla sujeto activo indeterminado, iii) recae en un sujeto pasivo cualificado, menor de catorce años y iv) refiere verbos rectores alternativos, bien sea la realización de actos sexuales diversos al acceso carnal con el menor, en su presencia, o que se le induzca a prácticas sexuales.¹⁰

En cuanto al agravante imputado por la fiscalía, este se encuentra previsto en el numeral 2 del artículo 211, modificado por la Ley 890 de 2004, en los siguientes términos:

« Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

(...).»

Respecto el cual, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que atendiendo a la fórmula abierta en la que el legislador estipuló este

⁹ CSJ SP, 1 julio 2020, rad. 52897

¹⁰ CSJ AP, 28 febrero 2018, rad. 49230

agravante, le asiste al juez la obligación de analizar las particularidades de cada caso y, a partir de estas, determinar si el agresor efectivamente ostentaba una posición o cargo que implique que la víctima deposite su confianza en esa persona, a través de las pruebas y hechos que integren la acusación.¹¹

Así pues, debe anticipar la Sala que los reparos del censor son insuficientes para derruir la decisión de primer grado, y en ese sentido la misma será confirmada como se procederá a exponer.

Ahora, conforme a los elementos constitutivos de este ilícito, descritos en precedencia, destaca esta Colegiatura que no existe discusión –al haber sido objeto de estipulación probatoria-, en cuanto a la edad de las víctimas para la época de los hechos -año 2008-, las cuales no excedían de los 14 años de edad.

Luego, en cuanto a la materialidad del ilícito endilgado, emerge necesario precisar que, atendiendo a que las menores víctimas del delito sexual, acudieron al juicio oral a rendir su testimonio, sin que se hubiesen retractado de sus declaraciones iniciales, o mediara alguna solicitud de admisibilidad excepcional de estas declaraciones como prueba de referencia, lo cierto es que las declaraciones que rindieron estas menores antes del juicio oral, incluso aquellas vertidas en el marco de una valoración de tipo sexual o psicológico no podrán ser objeto de valoración en esta instancia.

Igualmente, es necesario precisar que, como con acierto lo adujo el A quo el hecho de que no se vislumbre en las menores algún tipo de alteración en su comportamiento o algún grado de perturbación psíquica como resultado de las presuntas agresiones sexuales a las que fueron sometidas, ello por sí mismo no desvirtúa sus relatos, comoquiera que la descripción típica del delito investigado no supone la existencia de un daño psicológico o emocional como un elemento para su configuración, siendo estos una mera consecuencia de la conducta ilícita que en algunas ocasiones pueden darse y en otras no.

Ahora, en cuanto a la prueba pericial referida a los informes sexológicos practicados a las menores víctimas, destaca esta Sala que, a pesar de que los mismos carecen de utilidad para acreditar o desestimar la hipótesis delictiva en el caso en concreto, en el entendido que este tipo de conductas punibles generalmente no dejan huellas en el cuerpo de las víctimas, si emerge necesario precisar que el hecho de que esa base pericial hubiese sido incorporada por la Doctora Ana Elvira Aguilera Norato, ello no comporta ninguna irregularidad como lo plantea el censor, en el entendido que la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

¹¹ CSJ SP, 27 marzo 2019, rad. 51923

“i. La regla general es que el perito que realizó la base de la opinión asista a la audiencia de juicio oral para que explique y fundamente los hallazgos, técnicas empleadas y conclusiones a las que arribó, ii. Ante la indisponibilidad comprobada del perito para asistir al juicio, se habilita la posibilidad que uno diferente concorra a la audiencia para que explique y sustente las conclusiones de la pericia, iii. En este caso, es condición sine qua non para la procedencia de la prueba, que la base de la opinión pericial contenga suficiente información descriptiva que le permitan al nuevo experto disponer de bases sólidas para explicar adecuadamente las situaciones verificadas, los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de allí se deriven.”¹²

Y como se extrae del audio de la sesión del 14 de junio de 2019 la Fiscalía solicitó que se permitiera presentar con las mismas calidades y por designación del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a la Dra. Ana Elvira Aguilera Norato, aduciendo que les fue informado que mediante resolución No. 001148 de 12 de agosto de 2014 el INML aceptó la renuncia de la Dra. Alexandra Patricia Santodomingo.

Destacando igualmente, que de conformidad con la dirección que aparecía en la hoja de vida de esta profesional que era la calle 67 # 17-14, se libró una orden de policía judicial para su ubicación, conociéndose que ella se fue del país, sin que se cuente con ningún dato adicional de contacto.

En ese sentido, se tiene que los motivos que suscitaron esta situación de indisponibilidad de la Dra. Alexandra Patricia Santodomingo, fueron incluso soportados documentalmente durante el juicio oral, sin que en dicha oportunidad la defensa se opusiera a la práctica de esta prueba pericial en esos términos, por lo que, ninguna ilegalidad reviste el proceso de incorporación y valoración de la prueba pericial sexológica que se les practicó a las menores.

Efectuadas las anteriores precisiones, se tiene que la materialidad de la conducta y la consecuente responsabilidad del procesado, se demostró en el devenir del juicio oral a través de la prueba directa referida a los testimonios de Silvia Fernanda, Karol Dayana Rueda Blanco y Angie Milena Mariño, quienes eran menores de catorce años para la época de los hechos, y sus relatos fueron claros y espontáneos en cuanto a los tocamientos a los que fueron sometidas por su docente de tercer grado, Luis Hernando Rodríguez Rivera.

¹² CSJ SP, 9 febrero 2022, rad. 56853

Obsérvese que, la entonces menor Silvia Fernanda, dio cuenta de que cuando se acercaba al procesado para entregarle los trabajos, este le tocaba la pierna y le pedía que le diera un beso en la boca.

A su vez, Karol Dayana Rueda Blanco, casi 9 años después de los hechos se ratificó en sus acusaciones en contra de Rodríguez Rivera, señalando que cuando se acercaba al procesado a presentarle los trabajos o preguntarle cualquier cosa “él me cogía de la mano y me obligaba a sentarme en sus piernas”.

Igualmente relató cómo el procesado, aprovechaba esos mismos momentos para ponerle su mano en la parte baja de la espalda y bajarla hasta tocar sus glúteos como lo escenificó durante su declaración, acto que solo sucedió una vez, según lo relató. A su vez, dio cuenta con desagrado de los movimientos que hacía el procesado con su boca y labios, de modo morboso cuando la miraba.

Por último, Angie Tatiana Galeano relató que cuando se acercaba al procesado para entregarles las tareas, este aprovechaba la proximidad para meterle la mano en el bolsillo de la jardinera, tocarle la entrepierna y la vagina, y decirle que era muy bonita, que se parecía a su progenitora.

Circunstancias, que fue corroborada por Karol Dayana Rueda Blanco, quien afirmó que en una ocasión observó cuando el procesado le metía la mano en la jardinera a Angie Galeano para tocarles sus partes íntimas.

En suma, también se cuenta con los testimonios de las progenitoras de estas tres menores, quienes si bien, no pueden dar cuenta de la ocurrencia de los hechos, si acreditan los señalamientos que en esa época hicieron las menores en contra de su profesor, los cuales mantuvieron incluso hasta el momento de rendir su declaración en el devenir del juicio oral.

Así, se tiene que las víctimas fueron coincidentes en señalar que estos hechos ocurrían cuando se acercaban al escritorio del profesor para entregar trabajos o tareas, relatando cada uno los vejámenes de tipo sexual a los que eran sometidas por parte de su docente Rodríguez Rivera, de forma espontánea y coherente.

En este punto, destaca la Sala que los motivos expuestos por el procesado en el devenir del juicio oral para soportar la mendacidad que reclama de los relatos de las menores víctimas carecen de corroboración, en el entendido que ningún otro testigo de descargo se refirió a ello como un detonante que hubiese generado algún tipo de animadversión de las víctimas hacia el procesado. Además, en todo caso la referida situación solo involucraba a la menor Silvia Fernanda, comoquiera que ello radicaba en el presunto cambio del personero del salón que pretendió hacer el

docente por las quejas que había recibido en contra de la estudiante Silva Fernanda, y a pesar de ello, esta no fue la única menor que denunció estos tocamientos de tipo sexual.

Ahora, no desconoce la Sala que a través de la prueba testimonial, especialmente el testimonio de Jorge Alberto Giraldo Artega se logró establecer las características del salón en el que ocurrieron los hechos, el cual contaba con dos rejas en cada lado del aula que permitían fácilmente la visualización desde la parte externa, así como la circunstancia de que Jerónimo Alonso Ordoñez y la coordinadora del plantel pasaban regularmente por los salones como lo relató él mismo Jerónimo Alonso y la docente Gloria Esperanza Fuente, no obstante, estas no son circunstancias que por sí mismas desvirtúen el relato de las entonces menores víctimas, pues, estas fueron claras en relatar que estos tocamientos de tipo sexual se daban únicamente cuando se acercaban al escritorio del docente para entregar trabajos o tareas, luego es apenas lógico que este no ejecutará dichas conductas cuando algún adulto se encontraba transitando por las afueras de estas aulas de clases.

Ahora, en cuanto a los testimonios de Julián Andrés Felipe Bisbal, Zaida Johana Cárdenas y Ana Telezzy Castañeda Uribe quienes reconocieron que fueron compañeros de clase de las víctimas, durante el año 2008 y que el procesado fue su docente, indicando que no recuerdan que el procesado hubiese tenido algún tipo de comportamiento obsceno con las víctimas o con cualquiera de los demás estudiantes, esto tampoco tienen la virtualidad para restarle credibilidad al dicho de las víctimas, comoquiera que dadas las condiciones en las que las menores relataron los hechos, era muy posible que estos acaecieran en el salón de clase sin que los demás estudiantes se percataran de ello, pues esto sucedía detrás del escritorio del docente, el cual hacía estos tocamientos de forma sutil, obsérvese que Angie Tatiana relató que lo hacía a través del bolsillo de la jardinera y Karol Dayana, a su vez indicó que este ponía su mano en la espalda baja y la iba deslizando hasta tocar su cola, por lo que es completamente posible que en el contexto de un aula de clase con la dinámica propia de niños de esas edades, esto es de 8 a 9 años no se percataran de lo que sucedía cuando sus demás compañeros entregaban sus trabajos.

Por todo ello, es que la Sala comparte el ejercicio de apreciación probatoria plasmado en la decisión de primera instancia, en tanto, los medios de convicción permiten aprehender el conocimiento más allá de la duda razonable, para dar por sentada tal y como lo exigen los artículos 7 y 381 de la Ley 906 de 2004, la responsabilidad penal de Luis Hernando Rodríguez Rivera en calidad de autor del delito de acto sexual con menor de catorce años agravado pero solo respecto de las menores Silvia Fernanda, Karol Dayana Rueda Blanco, Angie Tatiana Galeano Mariño, pues respecto de la menor Flor María, no existió prueba directa que diera

cuenta de esos tocamientos, en el entendido que esta no concurrió al juicio oral, contándose al respecto únicamente con prueba de referencia –inadmisible-. En ese sentido, la Sala respaldará el juicio de reproche efectuado por el juez de primera instancia, encontrándose en consecuencia infundada la censura del apelante, motivo por el cual se confirmará la decisión de primer grado.

Ahora, pese a que el censor no planteó ningún reparo sólido en cuanto al proceso de dosificación punitiva, destaca la Sala que el mismo se abordó con las penas fijadas por el legislador para la época de los hechos esto es la Ley 599 de 2000 con el aumento previsto por la Ley 890 de 2004, por lo que los extremos punitivos establecidos en la decisión de primer grado se ajustan a la legalidad, esto es de 64 a 135 meses de prisión, correspondiente a la conducta de acto sexual con menor de catorce años -artículo 209- agravado -numeral 2 del artículo 211 del código penal.

Tampoco, advierte la Sala que se hubiesen transgredido los lineamientos del concurso de conductas punibles previsto en el artículo 31 del Código Penal, comoquiera que el otro tanto que dispuso el juez de primera instancia no excede de la suma aritmética de las que corresponden a las respectivas conductas punible debidamente dosificada cada uno de ellas, no obstante, como se advierte que el concurso restante es solo por dos menores víctimas, comoquiera que en total se acreditó la responsabilidad penal del procesado respecto de tres menores de edad, dicho incremento se establecerá en 11 meses y 9 días. Quedando entonces una pena de 75 meses y 9 días.

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

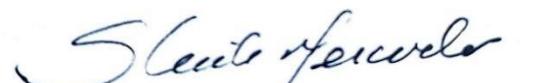
RESUELVE

PRIMERO. Modificar parcialmente el numeral primero de la sentencia de fecha y procedencia antes anotadas, en el sentido de imponer como pena principal setenta y cinco (75) meses y nueve (9) días de prisión.

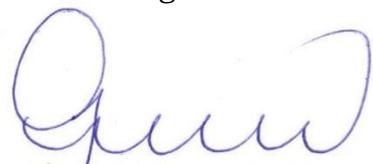
SEGUNDO. Confirmar en todo lo demás la sentencia de fecha y procedencia antes anotadas.

TERCERO. Advertir que contra la presente sentencia procede el recurso extraordinario de casación, en la forma y términos contemplados en los artículos 181 y siguientes de la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


SHIRLE EUGENIA MERCADO LORA

Magistrada


GUILLERMO ÁNGEL RAMÍREZ ESPINOSA

Magistrado


PAOLA RAQUEL ALVAREZ MEDINA

Magistrada

Proyecto registrado: 6 de febrero de 2023