El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 5 de febrero de 2018

Proceso:                 Penal - Confirma condena

Radicación Nro. : 660016000035-2014-03705-01

Procesado: OCTAVIO DE JESUS MARIN BOTERO

Magistrado Ponente:  JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

**TEMA: ACCESO CARNAL VIOLENTO / CONFIRMA CONDENA / PRINCIPIO DE COHERENCIA Y CONGRUENCIA / VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA EN LA ACUSACIÓN / NO GENERAN NULIDAD CUANDO ÚNICAMENTE SE REFIERE A LA IMPUTACIÓN JURÍDICA / VALORACIÓN PROBATORIA / VERSIÓN DE LA VÍCTIMA MENOR DE EDAD / CREDIBILIDAD / ESTATUTO DE ROMA – PRINCIPIOS DE LA PRUEBA EN CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL - SITUACIONES QUE NO PERMITEN INFERIR CONSENTIMIENTO / LIBERTAD POR VENCIMIENTO DE TÉRMINOS NO PROCEDE CUANDO EXISTE CONDENA /** La jurisprudencia ha sido enfática en sostener que el principio de coherencia o correlación entre la imputación y la acusación no es tan estricto como el que debe existir entre la acusación y la sentencia, ya que lo importante en ese tipo de situaciones es preservar a toda costa la imputación FÁCTICA que es inmodificable en un sistema de tendencia acusatoria, en tanto la imputación JURÍDICA es PROVISIONAL

(…)

Siendo así como en efecto lo es, lo jurídicamente procedente no es decretar una nulidad con fundamento en que hubo una equivocación única y exclusivamente en la IMPUTACIÓN JURÍDICA, misma que fue advertida en su momento por la funcionaria de control de garantías al indicar que la adecuación típica podría ser modificada en una etapa procesal posterior.

(…)

Si se examina el registro de audio de su exposición en juicio, se puede apreciar cómo hace un relato sincero, coherente y desprevenido acerca de los pormenores de lo que le sucedió. Y lo que sostuvo en juicio es coincidente y no se contrapone con todo lo que afirmó desde un comienzo: en el escrito que elaboró a petición del profesor ARMEIRO, en la versión dada a la madre, a la sicóloga del plantel, a quienes lo atendieron en el Centro de Salud y a la defensora de familia.

(…)

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

En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará: a) … b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;…”

Queda claro por tanto que en relación con la prueba de cargo la secuencia de lo acaecido es contundente en el sentido que se trató de un acto violento y no de uno consensuado.

(…)

Ahora bien, en relación con la apelación presentada frente al auto de septiembre 29 de 2017, que le negó la libertad por vencimiento de términos, … debe decir la Sala que en efecto no le asiste razón al señor OCTAVIO MARÍN, toda vez que, como así lo señaló la a quo en su pronunciamiento, a partir del momento en que se dictó el sentido de fallo la medida de aseguramiento que había sido proferida en contra de este perdió vigencia, para continuar privado de su libertad pero con ocasión del fallo que le resultó adverso.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, cinco (5) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

ACTA DE APROBACIÓN N° 107

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Febrero 06 de 2018, 9:10 a.m. |
| Acusados: | Octavio de Jesús Marín Botero |
| Cédula de ciudadanía: | 10.120.200 de Pereira |
| Delito: | Acceso carnal violento. |
| Víctimas: | Menor J.C.C.A. -próximo a cumplir los 15 años para la época de los hechos- |
| Procedencia: | Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de fecha mayo 27 de 2015. CONFIRMA. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y precedentes

1.1.- Los mismos tuvieron ocurrencia aproximadamente a eso de las 15:30 horas del 27 de agosto del 2014 en las instalaciones del Instituto Educativo Carlos Castro Saavedra, ubicado en el corregimiento de Puerto Caldas, jurisdicción del municipio de Pereira (Rda.), y tiene que ver con un ayuntamiento carnal sodomita no consensuado que en una de las aulas de dicha escuela protagonizó el señor OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO, de 50 años de edad para ese entonces, con el adolescente J.C.C.A., quien estaba próximo a cumplir los 15 de años de edad.

Según se desprende del contenido del escrito de acusación, se tiene que para ese entonces el señor MARÍN BOTERO se desempeñaba como conserje en la aludida escuela, mientras que el menor J.C.C.A. fungía como estudiante de 7º grado, y que para la tarde en la cual ocurrieron los hechos el mencionado adulto le pidió el favor a dicho joven que lo acompañara al aula en donde funcionaban los talleres de telares para que lo ayudara con unas matas. Una vez que ambos estuvieron dentro del salón, OCTAVIO DE JESÚS MARÍN procedió a cerrar las puertas del taller, para después sorprender por las espaldas al muchacho, en el momento en el que estaba entretenido con unas matas, a quien le tapó la boca, le bajó los pantalones para luego accederlo carnalmente contra natura.

Finalmente, los hechos fueron dados a conocer gracias a que la profesora LUZ ESTELA MARTÍNEZ, quien se dio cuenta del preciso momento en el que el joven J.C.C.A. ingresó, luego de MARÍN BOTERO al aula de los talleres de telares, y como quiera que ambos se demoraban más de la cuenta ahí dentro, tal situación le generó cierta suspicacia, por lo que procedió a verificar qué pasaba, encontrándose con la novedad consistente en que las puertas del salón estaban cerradas. Razón por la cual acudió al profesor ARMEIRO ESCARPETA para informarle de lo acaecido, quien a su vez verificó que en efecto el taller de artesanías se encontraba cerrado, por lo que se asomó por unos ventanales para otear, y ahí fue como observó el momento en el que el joven J.C.C.A. se acomodaba o abrochaba los pantalones, mientras que OCTAVIO DE JESÚS MARÍN salía presurosamente de dicho lugar.

Al desconfiar de lo percibido, el profesor ARMEIRO ESCARPETA le pidió al joven J.C.C.A. el favor que le escribiera en un papel lo que estuvo haciendo en el taller de telares, y ahí fue cuando el muchacho de su puño y letra relató lo acontecido con OCTAVIO DE JESÚS MARÍN.

1.2.- Una vez se hizo efectiva la aprehensión del señor OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO en contra del cual se profirió orden de captura, se realizaron ante el Juzgado Primero Penal Municipal con función de control de Garantías de Dosquebradas (Rda.) las audiencias preliminares (agosto 31 de 2014) de legalización de captura, y se le formuló imputación por la conducta punible de actos sexuales abusivos con menor de 14 años -art. 209 C.P.-, el cual NO ACEPTÓ. Así mismo, se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

1.3.- Por lo anterior, la Fiscalía presentó escrito de acusación (octubre 20 de 2014) en contra del señor MARÍN BOTERO en el cual se le endilgaron cargos por la presunta comisión del punible de acceso carnal violento -art. 205 C.P.-, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.), autoridad que convocó para las audiencias de formulación de acusación (noviembre 13 de 2014), preparatoria (diciembre 15 de 2014), y juicio oral (5, 6 y 15 de marzo, 15 de abril, 8 y 14 de mayo de 2015) al cabo del cual se dio a conocer un sentido de fallo de carácter sancionatorio, para proceder luego a emitir la sentencia respectiva (mayo 27 de 2015), por medio de la cual: (i) se condenó al señor OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO al haber sido hallado responsable de la conducta de acceso carnal violento, a una pena de 144 meses de prisión; (iii) a la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por dicho lapso; y (iv) se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, al no cumplir los requisitos legales para su concesión.

1.4.- Para llegar a tal conclusión la funcionaria consideró que en dicho asunto se cumplían a cabalidad los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del Procesado **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO**, a cuyo efecto fundamentó su decisión en los siguientes argumentos basilares:

- En el proceso, gracias a las estipulaciones probatorias, se acreditó que para la época de los hechos el Procesado se desempeñaba como contratista del municipio de Pereira en el colegio Carlos Castro Saavedra, establecimiento en el cual estudiaba la víctima J.C.C.A.

- Con los testimonios absueltos por la víctima y por los profesores LUZ ESTELA MARTÍNEZ y ARMEIRO ESCARPETA, se acreditó la ocurrencia de los hechos, los que acaecieron en el interior del recinto donde funcionan los talleres de telares y artesanías. Sitio hacia el cual el procesado llevó al ofendido y se encerró con él. De lo que se percataron los docentes LUZ ESTELA MARTÍNEZ y ARMEIRO ESCARPETA.

- Con los testimonios absueltos por las peritos ADRIANA MENDOZA JIMÉNEZ y MARGARITA MARÍA ARREGOCES TORREGROZA, se demostró que el menor agraviado había sido víctima de una sodomización, ya que la primera halló en el esfínter anal unas fisuras recientes compatibles con ese tipo de actividades; en tanto la segunda encontró restos de espermatozoides en las prendas de vestir y en el frotis anal tomado al ofendido.

- Del testimonio rendido por el joven J.C.C.A., al cual se le debe conceder total y absoluta credibilidad, se desprende que sostuvo una relación sexual no consentida con el hoy procesado, quien después de conseguir que fueran hacia el taller de los telares y en el momento en que él estaba distraído con unas matas, traicioneramente lo sorprendió tapándole la boca para así accederlo carnalmente por el ano con su asta viril, ante lo cual el agraviado no pudo hacer nada debido a que se encontraba paralizado del miedo.

- Fue correcta la calificación jurídica dada a los hechos por la Fiscalía, porque las pruebas debatidas en el juicio demostraban que el acusado mediante el empleo de la violencia accedió carnalmente contra natura al joven J.C.C.A.

- Las pruebas de la Defensa, a pesar de que con ellas se pretendía demostrar que el ofendido era quien buscaba al acusado, y que en algunas ocasiones habían sido visto juntos, en nada desdibujaban lo acontecido respecto a que el procesado accedió carnalmente, en contra de su voluntad, al menor J.C.C.A.

1.5.- Inconforme con la decisión adoptada, el defensor de OCTAVIO DE JESÚS MARÍN refirió que apelaría el fallo y lo sustentarían por escrito dentro del término de ley.

2.- Debate

**2.1.-** Defensa *-*recurrente*-*

Pide se revoque el fallo opugnado y se proceda a la absolución del procesado **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO** de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, toda vez que con las pruebas aducidas en el proceso, las cuales no fueron apreciadas en debida forma, no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le asistía, y en consecuencia no se cumplieron los requisitos necesarios para poder proferir un fallo de condena en su contra, y ante la existencia de dudas probatorias frente a la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad del acriminado, el acusado debió haber sido favorecido con el principio del *in dubio pro reo.*

Para acreditar la tesis de su inconformidad, el apelante expresó los siguientes argumentos:

- En el proceso tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia como consecuencia de unas equivocaciones en las cuales incurrió la Fiscalía en la calificación jurídica dada a los hechos ya que inicialmente le formuló imputación al procesado por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, pero posteriormente en el escrito de acusación se varió dicha calificación jurídica por el delito de acceso carnal violento.

Tal situación, respecto a los yerros en la calificación jurídica frente a la ocurrencia de los hechos, ha generado un estado de dudas que debieron ser favorables para su cliente.

- El fallo opugnado se equivocó al concederle credibilidad a lo atestado por la víctima, sin tener en cuenta el cúmulo de contradicciones, imprecisiones e inconsistencias en que el ofendido incurrió al momento de su relato, que lo tornaban inverosímil y poco creíble, entre las cuales se encontraban: el no poder determinar si el agresor lo sodomizó o no con su asta viril; si los hechos ocurrieron en el salón o en el patio posterior del mismo; si las puertas estaban o no cerradas; si el sodomita usó o no condón o lubricantes; con qué manos le tapó la boca, etc…

Asimismo, el recurrente destaca otras imprecisiones e inconsistencias en el relato del ofendido, que en su sentir no fueron tenidas en cuenta por la funcionaria de primer nivel, de las cuales destacó lo dicho por el ofendido respecto a que el agresor le practicó una felación, o de lo inverosímil que resultaba el relato del agraviado cuando dijo que mientras que el hoy acusado le tapaba la boca con una mano, lo inmovilizaba con la otra, con la que al mismo tiempo le bajaba los pantalones, luego para sacarse el asta viril con la cual lo accedió carnalmente por el recto.

- No se tuvo en cuenta que las incriminaciones que el ofendido efectuó en contra del procesado se encontraban huérfanas probatoriamente, ya que en el proceso no existen pruebas que la respalden o avalen; a lo que se debe aunar que ninguno de los testigos que acudieron al juicio, los que deben ser catalogados como testigos de referencia, en nada les consta de lo realmente sucedido.

Así las cosas, concluye, tal situación redundó para que surgiera un estado de dudas frente a la ocurrencia de los hechos, como quiera que de las pruebas aducidas al proceso no se logra demostrar de manera indubitable que el ofendido haya sido accedido carnalmente *contra natura*, porque las fisuras que según dictamen médico legal presentaba en el ano, pudieron ser producto de un estreñimiento.

Y situación similar se presentó con los hallazgos de rastros de espermatozoides, ya que no se pudo determinar si los mismos pertenecían o no al procesado a pesar de que él siempre estuvo presto para que se le practicara una prueba de ADN.

Finalmente -asegura- no se tomaron en cuenta las pruebas de la defensa con las cuales se demostró que el ofendido era quien asiduamente buscaba al acusado, por lo que en el evento hipotético de que los hechos hayan tenido ocurrencia, con dichas pruebas no se descartaba que posiblemente el coito haya sido consentido.

**2.2.-** Fiscalía -no recurrente-

Pide se confirme el fallo en los términos en que fue proferido, por cuanto la funcionaria a quo efectuó un análisis juicioso del acervo probatorio, el que se ajustaba tanto a la verdad procesal como al compromiso penal endilgado en contra del acusado, lo cual sustenta en lo siguiente:

- No se incurrieron en los yerros denunciados por el apelante respecto de la variación de la calificación jurídica, debido a que la Fiscalía procedió de acuerdo con lo acreditado por los medios de conocimiento recopilados durante la investigación.

- Es falso que en el proceso no se demostró la ocurrencia de los hechos, puesto que en el devenir del mismo se allegaron pruebas, vg. los testimonios de los docentes LUZ ESTELA MARTÍNEZ y ARMEIRO ESCARPETA, por medio de los cuales se demostró que el procesado fue visto con el menor cuando ambos, uno después del otro, se dirigieron hacia los telares y la puerta fue cerrada. Sitio en el que, según el decir de la víctima, el procesado lo sodomizó.

- En el proceso se acreditó que el menor fue accedido carnalmente vía anal, como bien se desprende de los dichos de la médico forense, quien encontró en el recto de la víctima unas fisuras, las cuales son propias de una relación sexual anal no consentida. Además, en el recto como en las prendas de vestir se encontraron restos de espermatozoides.

- Si bien es cierto que el menor no fue capaz de oponer resistencia ante la agresión sexual a la que fue sometido, ello se debió a la parálisis que le ocasionó el estado de terror y de susto que padeció en esos momentos.

- La a quo valoró de manera correcta los testimonios de la defensa, debido a que algunos de esos declarantes rindieron unas atestaciones en las que de manera acomodaticia a los intereses de la defensa pretendieron hacer ver como cierta la supuesta especial amistad habida entre el procesado y el ofendido; en tanto otros testigos con sus declaraciones no aportaron nada útil al proceso.

**2.3.-** Debidamente sustentado el recurso, la funcionaria de primer nivel lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros pertinentes ante esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la Defensa-

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal resolver los siguientes problemas jurídicos, a saber:

¿En la actuación procesal tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia con ocasión a que en el escrito de acusación se variaron los cargos enrostrados en contra del procesado **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO** al momento de la formulación de imputación?

¿La funcionaria a quo se incurrió en yerros en la apreciación del acervo probatorio, los cuales incidieron para que de manera errada se considerara que con las pruebas aducidas al proceso se cumplían los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del procesado **MARÍN BOTERO**?

**3.3.- Solución a la controversia**

**3.3.1.-** *Análisis general de los principios de coherencia y congruencia*

Alega el recurrente que en el presente asunto tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia, lo cual acaeció a partir del momento en el que la Fiscalía en el libelo de acusación decidió variar la calificación jurídica dada a los hechos enrostrados al procesado **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN** en la audiencia de formulación de imputación, los cuales pasaron de ser un reato de acto sexual abusivo con menor de 14 años a un delito de acceso carnal violento; lo que a su vez ha sido rebatido por la Fiscalía en sus alegatos de no recurrente, en los que adujo que no incurrió en ningún tipo de violación del principio de marras, debido a que actuó en consonancia con lo acreditado por los medios de conocimiento recaudados en el devenir de la indagación.

Para poder determinar si le asiste la razón al apelante o a la Fiscalía, o si a por el contrario ambos están equivocados, como punto de partida la Sala dirá que el principio de congruencia, el cual se encuentra consagrado en el artículo 448 C.P.P. hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 de la Carta ha denominado como debido proceso. Según los postulados de dicho principio, se exige que entre la acusación y la sentencia exista una especie de relación de consonancia o de correspondencia en lo que tiene que ver con los hechos y la calificación jurídica dada a los mismos, lo que quiere decir que los cargos formulados en la acusación, en su contexto factico-normativo, deben ser los mismos o afines a aquellos por los cuales en la sentencia se ha declarado la responsabilidad criminal del acriminado, razón por la que sería válido colegir que la acusación se erige como el límite o el norte de la sentencia, la que por regla general no puede desbordarse de los parámetros trazados en el libelo acusatorio.

Se podría decir que no le asistiría la razón al apelante porque de un análisis comparativo entre la sentencia y la acusación, de bulto se observa que entre ambos actos procesales si existe una especie de correspondencia en sus aspectos facticos y jurídicos, ya que en la acusación[[1]](#footnote-1) al procesado **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN** se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal violento, lo que se soportó en la hipótesis consistente en que la relación carnal *contra natura* que el acusado sostuvo con el victima en el interior de una de las aulas del Instituto Educativo Carlos Castro Saavedra, a eso de las 15:30 horas del 27 de agosto del 2.014, se llevó a cabo mediante el empleo de la violencia y por lo mismo en contra de la voluntad del agraviado. Lo que a su vez es equivalente o afín con el juicio de responsabilidad criminal que en el fallo confutando se pregonó en contra del enjuiciado.

En el presente asunto hay identidad y correspondencia entre los hechos y los cargos por los cuales el procesado fue acusado, los que coinciden respecto de aquellos por los que en la sentencia se declaró su compromiso penal.

A pesar de ser cierto lo anterior, la Sala no puede pasar por alto, tal como lo insinúa el recurrente, que efectivamente la Fiscalía en la acusación, de manera radical, decidió modificar la calificación jurídica dada a los hechos enrostrados en la audiencia de formulación de la imputación. Prueba de ello lo encontramos con un simple cotejo entre sí de tales actos procesales, en los cuales se observa que en la audiencia de formulación de la imputación llevada a cabo el 31 de agosto del 2.014, ante el Juzgado 1º Penal Municipal de Dosquebradas, con funciones de control de garantías, al entonces indiciado **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN**, la Fiscalía le enrostró cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 C.P. Pero con posterioridad, tanto en el escrito de acusación, el cual data del 20 de octubre del 2014, como en la audiencia de formulación de la misma, celebrada ante el Juzgado 4º Penal del Circuito de esta localidad el 13 de noviembre del 2014, la Fiscalía procedió a variar dicha calificación jurídica al acusar al Procesado **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN** como presunto autor material del reato de acceso carnal violento, tipificado en el artículo 205 C.P.

Se trata por supuesto de dos figuras jurídicas radicalmente opuestas, como bien lo ha hecho saber desde antaño la Corte de la siguiente manera:

“Cuando se trata de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años (art. 303 del Código Penal) la conducta se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra el menor, de la cuál *(sic)* se aprovecha el sujeto activo del delito, quien no tiene necesidad de acudir a la violencia para vencer una oposición que el menor presenta. Ante la falta de resistencia de este último, el autor del hecho no requiere desplegar ninguna fuerza para obtener su cometido, porque su víctima ha asentido a ello.

En cambio, cuando el menor de catorce (14) años se resiste a ser accedido carnalmente, manifestando en cualquier forma su rechazo a esta acción, y quien pretende someterlo acude entonces a la fuerza, física o moral, para vencer el desagrado o repugnancia mostrada por la víctima, ya hay algo más que un abuso, ya se ha desplegado la violencia, y este calificado medio de comisión del hecho le imprime una mayor reprobación y por ende un castigo más severo […][[2]](#footnote-2)”.

Frente al denominado principio de coherencia, bien vale la pena traer a colación lo que la Corte de vieja data ha expresado en los siguientes términos:

“Sin embargo, aquella se constituye en condicionante fáctico de la acusación, o del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, mediando así una correspondencia sólo desde la arista factual lo cual implica **respetar el núcleo de los hechos**, sin que ello signifique la existencia de un nexo necesario o condicionante de índole jurídica entre tales actos.

En este orden, además del principio de congruencia que se materializa desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso los cuales se reflejarán en la sentencia, se debe también abogar por un principio de coherencia a lo largo del diligenciamiento a fin de que entre los actos de formulación de imputación y acusación; entre el allanamiento a cargos o preacuerdos y alguna de aquellas audiencias; entre la formulación de la acusación y los alegatos de conclusión; así como entre el anuncio del sentido de fallo y la sentencia propiamente dicha se preserve siempre el núcleo básico fáctico de la imputación.

Lo anterior se impone para garantizar desde un inicio el derecho de defensa, pues al fin y al cabo el conocimiento de los hechos atribuidos y sus correspondientes consecuencias jurídicas permitirá que a partir de esa comprensión, el procesado de manera libre, consciente y voluntaria, una vez ha sido debidamente informado de las consecuencias, opte por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena (hasta del cincuenta por ciento) o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las que se aducen en su contra […]”[[3]](#footnote-3).

De lo anterior se puede colegir: (i) la formulación de la imputación se erige como una especie de condicionamiento factico de la acusación, lo que implica que en este último acto procesal no pueda ser posible modificar o trocar, ya sea por sustracción o adición, los hechos o el núcleo esencial de lo acontecido, respecto de lo cual al procesado se le enrostraron cargos en la audiencia de formulación de la imputación[[4]](#footnote-4); (ii) a pesar de lo anterior, no se puede desconocer que la calificación jurídica dada a los hechos en la formulación de la imputación es provisional y por ende flexible, por lo que como consecuencia de los principios de *progresividad* y de *gradualidad* [[5]](#footnote-5),es posible que a la actuación procesal se alleguen elementos de juicio sobrevinientes o noveles que de una u otra forma puedan tener incidencia en la misma, ya sea respecto de su modificación o de la variación de sus premisas fácticas por otras diferentes; (iii) igual forma se puede presentar la posibilidad de que la Fiscalía, en aplicación del principio de corrección de actos irregulares, consagrado en el inciso final del artículo 10º C.P.P.[[6]](#footnote-6), decida pretender cambiar o modificar los cargos enrostrados al procesado en la imputación, como consecuencia de unos notorios y evidentes yerros en los cuales se incurrió al momento de la formulación de la imputación, que impliquen que esos cargos se encuentren manifiestamente divorciados de la realidad probatoria.

Empero, a juicio de la Sala, cuando tales eventos hipotéticos tengan ocurrencia, no le es dable a la Fiscalía valerse del libelo acusatorio como herramienta procesal para modificar la calificación jurídica dada a los hechos o trocar las premisas fácticas endilgadas en contra del Procesado en la formulación de la imputación por otras completamente diferentes, por lo que a fin de evitar un atentado en contra del debido proceso y del derecho a la defensa, como consecuencia de una vulneración del aludido principio de la coherencia, se torna necesario acudir a una nueva audiencia de formulación de la imputación, en la cual se le deben enrostrar al procesado los nuevos cargos que han nacido al mundo jurídico.

Sobre lo anterior, la Corte se ha pronunciado de la siguiente forma:

“La formulación de imputación comporta un condicionante fáctico de la acusación, del allanamiento o del preacuerdo, sin que los hechos puedan ser modificados, cuyo núcleo debe ser respetado, de manera que la Corte, más allá del principio de congruencia concretado desde el acto de acusación al definir los aspectos material, jurídico y personal del objeto del proceso que se reflejarán en la sentencia, ha hecho énfasis en el principio de coherencia, con el propósito de que a lo largo de la actuación se preserve el núcleo fáctico entre los actos de formulación de imputación y acusación, sin que entonces la Fiscalía pueda adicionar gradualmente hechos nuevos (CSJ SP, 8 jul. 2009. Rad. 31280 y SP, 1° feb. 2012. Rad. 36907, entre otras).

Desde luego, la precisión exigida a la Fiscalía desde la formulación de imputación de informar al imputado los hechos y circunstancias, con las consecuencias jurídicas que aparejan, habilita el ejercicio pleno del derecho de defensa en orden a organizar una estrategia frente al poder punitivo estatal, al punto que le permite optar de manera libre, consciente y voluntaria por aceptar los cargos con miras a lograr una sustancial rebaja de la pena o continuar el trámite ordinario para discutir en el juicio los hechos o su responsabilidad, allegando pruebas en su favor o controvirtiendo las aducidas en su contra.

**Cuando surgen nuevos aspectos fácticos no contenidos en la formulación de imputación, es necesario ampliar tal diligencia o incluso practicar otra de la misma índole, a fin de no sorprender al procesado, limitante que subsiste aun en la audiencia de formulación de acusación, en la que si bien el Fiscal puede corregirla, no está facultado para alterar su núcleo fáctico** […]”[[7]](#footnote-7).

No obstante, también es válido acotar que en aquellos eventos en los cuales la prueba sobreviniente no modifique o afecte el núcleo básico de las premisas fácticas de los cargos, no se torna necesario acudir a una nueva audiencia de formulación de la imputación para hacer tales modulaciones, porque las mismas pueden ser efectuadas en el escrito de acusación; salvo, claro está, que la nueva calificación jurídica redunde mucho más favorable a los intereses del procesado frente a las eventuales compensaciones punitivas a las que se haría acreedor en caso que decida allanarse a cargos, porque en ese escenario si sería pertinente llevar a cabo una nueva audiencia de formulación de la imputación, para de esa forma brindarle la oportunidad al encausado de allanarse a los cargos, si se parte de la base consistente en que los descuentos punitivos por aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación son superiores respecto de aquellos que tiene ocurrencia una vez formulada la acusación.

**3.3.2.-** *Aplicación de esos principios al caso concreto*

Para determinar cuál es la posición jurídica a asumir frente a la referida inconsistencia detectada, la Sala Mayoritaria se ve en el deber de resaltar los siguientes puntos relevantes:

Los derechos sustanciales que supuestamente se verían afectados serían los de defensa o contradicción, favorabilidad, y en general el debido proceso; sin embargo, ninguno de ellos tuvo afectación real o potencial en el presente asunto, como pasa a explicarse:

Si se escuchan detenidamente los registros de audio de las audiencias preliminares llevadas a cabo en agosto 31 de 2014 luego de que se hiciera efectiva la orden de captura emitida en contra del indiciado, se hallará que el señor fiscal tanto al momento de solicitar la orden de captura, como en el instante de su legalización y cuando hizo la correspondiente imputación, le atribuyó al comprometido **OCTAVIO MARÍN BOTERO** los hechos que se desprendían de la narración del menor tanto ante el servicio de urgencias el mismo día de los hechos (agosto 27 de 2014), ante la médico legista al día siguiente (agosto 28 de 2014), e igualmente en la entrevista rendida en la sección CAIVAS con presencia de la defensora de familia, lo mismo que el resultado obtenido en ese examen sexológico donde se observó una fisura en el esfínter anal que indicaba una manipulación reciente a ese nivel. De todo lo cual se extraía en términos fácticos, que: EL ADULTO LO LLEVÓ A ESE SALÓN SUPUESTAMENTE PARA QUE LE AYUDARA A ARREGLAR UNAS MATAS, PERO LO QUE HIZO EN REALIDAD FUE MANIPULARLO EN SUS GENITALES, CHUPARLE EL PIPI, Y LUEGO INTENTÓ PENETRARLO CON LO CUAL SINTIÓ DOLOR, Y COMO QUISO GRITAR LE TAPÓ LA BOCA.

De lo anterior se desprende que la imputación fáctica expuesta por el señor fiscal y derivada de la documentación que leyó al imputado, era completa y clara en cuanto de allí se extrae la agresión, el no consentimiento y la existencia de una fisura reciente en la región anal que indicaba penetración con el consiguiente dolor. No obstante esa realidad, el señor fiscal se confundió al hacer la imputación jurídica porque hizo unas cuentas equivocadas respecto de la edad que el menor poseía a la fecha, ya que entendió que contaba con 13 años, 11 meses y 07 días, cuando en realidad tenía 14 años, 11 meses y 20 días. Y bajo ese particular prisma de entendimiento estimó que la conducta se encajaba en unos actos sexuales abusivos con menor de catorce años, y no de un acceso carnal violento como era lo que en verdad correspondía, a cuyo efecto se debe resaltar que la titular del Juzgado Primero Penal Municipal con función de garantía advirtió el error del delegado fiscal y puso de presente que el adolescente ya había superado la edad de los catorce años, y que la medida de aseguramiento la tomaba con la advertencia que con los posteriores hallazgos y una correcta valoración de la prueba la tipificación provisional que en ese momento se hacía podía llegar a variar o modificarse en forma posterior. Tanto el señor fiscal como el defensor estuvieron de acuerdo, y la defensa no interpuso recurso alguno.

Hasta aquí se puede afirmar que todos los datos fácticos se sabían y se le pusieron de presente al imputado en ese momento, es decir, que con posterioridad no se allegó nada nuevo que implicara la necesidad de una ampliación de la imputación. Pero lo que sí correspondía, como es lo ordenado no solo por ley sino por la Constitución Nacional, era hacer una adecuación jurídica acorde con esa imputación fáctica, la que por supuesto se tenía que efectuar al momento de la acusación que era el estanco procesal apropiado para proceder en tal sentido.

Lo que se acaba de indicar está soportado en la jurisprudencia constitucional, como quiera que en la Sentencia C-1260/05 se concluyó que la facultad otorgada por la ley al Fiscal, se refería a una operación de adecuación típica de la conducta, por medio de la cual los hechos objeto de investigación (imputación fáctica) deben corresponder a la descripción de esa conducta que hace el legislador (imputación jurídica), y en ese sentido el Fiscal no goza de discrecionalidad para configurar un tipo penal que no corresponda a los hechos atribuidos. Textualmente se dijo:

“[…] aquél -refiriéndose al Fiscal- **no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso**. Por lo que, aún mediando una negociación entre el fiscal y el imputado, en la alegación conclusiva **debe presentarse la adecuación típica de la conducta según los hechos que correspondan a la descripción que previamente ha realizado el legislador en el Código penal.**

Lo dicho es concluyente en el sentido de que **al Fiscal le corresponde hacer coincidir lo fáctico con lo jurídico**. Si falla en ese cometido, al Juez le corresponde ordenar la corrección”.

Así las cosas, ante la pregunta de si una situación como la sucedida amerita la nulidad que pregona el defensor, lo que debe responderse por la Sala Mayoritaria es que ello no es procedente por las razones que a continuación se exponen:

La jurisprudencia ha sido enfática en sostener que el principio de coherencia o correlación entre la imputación y la acusación no es tan estricto como el que debe existir entre la acusación y la sentencia, ya que lo importante en ese tipo de situaciones es preservar a toda costa la imputación FÁCTICA que es inmodificable en un sistema de tendencia acusatoria, en tanto la imputación JURÍDICA es PROVISIONAL. Así lo ha dejado esclarecido en múltiples precedentes a saber:

En auto de julio 30 de 2014, radicado AP4284-2014, 38142, textualmente se dijo:

“[…] cabe señalar que pese a la insistencia del recurrente, en el sentido que entre la formulación de la imputación y la acusación debe existir absoluta identidad fáctica y jurídica, es lo cierto que ni la ley prevé una tal eventualidad, ni mucho menos, en tratándose del procedimiento ordinario, la jurisprudencia se ha orientado en tal sentido.

[…]

A este respecto cabe destacar que de manera reiterada la Corte ha sostenido que en tratándose del procedimiento ordinario, el principio de congruencia entre el acto de imputación de cargos y la acusación sólo resulta transgredido si no existe identidad fáctica entre ambas actuaciones, y no se presenta desconocimiento cuando la fiscalía introduce variaciones en el nomen juris de la conducta imputada, **para lo cual no se requiere realizar una nueva audiencia de imputación, pues la relación de correspondencia fáctica, personal y jurídica, sólo resulta predicable entre la acusación y la sentencia.** (CSJ, SP, 28 nov. 2007, rad. 27518; CSJ, SP, 30 oct. 2008, rad. 29872; CSJ, SP, 5 sep. 2012, rad. 39799; CSJ, SP, 7 mar. 2013, rad. 36467, entre otras)”. –negrillas excluidas-

El órgano de cierre en materia constitucional dejó esclarecido que la relación entre la imputación y la acusación se relativiza por el principio de progresión o evolución. Puntualmente analizó la exigencia de una adecuada relación de correspondencia entre la imputación y la acusación en el procedimiento ordinario, y concluyó:

“[…] es de orden fáctico, lo cual implica que la calificación jurídica de los hechos siga siendo provisional, pudiendo variar entre ambas audiencias; bien entendido, dentro de unos márgenes racionales. **En efecto, la intensidad que presenta el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia es mayor que la existente entre la imputación de cargos y la formulación de la acusación, precisamente por el carácter progresivo y evolutivo que caracteriza al proceso penal.** En efecto, precisamente el objeto de la etapa investigativa consiste en recolectar evidencia física y material probatorio que permitan sustentar adecuadamente un escrito de acusación, en tanto que el juicio oral es el escenario donde cada parte expondrá su teoría del caso, etapa procesal que inicia, precisamente, con la audiencia de formulación de la acusación”.[[8]](#footnote-8)

Y más recientemente la Sala de casación penal, en decisión de noviembre 29 de 2017, bajo el radicado 49870, hizo esta síntesis de lo existente a la fecha:

“Se quebranta ese principio, según lo tiene definido la Sala en el marco de la Ley 906 de 2004, cuando ocurre alguna de las siguientes eventualidades (CSJ SP, 6 de abr. De 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 de nov. De 2007, rad. 27518; CSJ SP, 8 de oct. De 2008, rad. 29338):

(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 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.

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 (CSJ SP, 27 de julio de 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 de jun. De 2009, rad. 28649; CSJ SP, 15 de oct. De 2014, rad. 41253)”.

Siendo así como en efecto lo es, lo jurídicamente procedente no es decretar una nulidad con fundamento en que hubo una equivocación única y exclusivamente en la IMPUTACIÓN JURÍDICA, misma que fue advertida en su momento por la funcionaria de control de garantías al indicar que la adecuación típica podría ser modificada en una etapa procesal posterior -entiéndase la acusación-, y con respecto de lo cual estuvo de acuerdo el mismo defensor que incluso no interpuso recurso alguno frente a esa determinación.

En conclusión, como aquí no hubo ningún sorprendimiento, ni tampoco una afectación potencial o real al derecho de contradicción y defensa, ni mucho menos una violación al principio de favorabilidad porque entre otras cosas en los punibles donde figuran afectados en su integridad sexual menores de edad no es posible la terminación anormal del proceso por vía unilateral ni bilateral con miras a obtener beneficios punitivos, lo que corresponde es avalar el trámite procesal ante la no infracción a los principios de coherencia y congruencia.

**3.3.3.-** *Ponderación del conjunto probatorio frente a la ocurrencia de los hechos*

Una de las discrepancias que en la alzada han sido propuestas por el apelante en contra del fallo opugnado, radican en exponer que en el proceso no se acreditó plenamente la ocurrencia de los hechos, o sea el ayuntamiento carnal *contra natura* del cual fue víctima el ofendido por parte del procesado **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN**.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que no pueden ser de recibo los reproches formulados por el apelante para cuestionar la ocurrencia de los hechos, los cuales se fundamentaron en simples y meras especulaciones carentes de respaldo probatorio, ya que si el procesado en una oportunidad expuso que sintió dolor a pesar de haber manifestado el no saber si le introdujeron o no el asta viril por el ano, ello *per se* no es suficiente para aniquilar la credibilidad de sus atestaciones, ya que por simple y mera lógica tales aseveraciones que dijo respecto del dolor que sintió cuando el procesado estaba a sus espaldas eran indicativas de haber sido accedido carnalmente, como bien lo acreditaron los hallazgos encontrados en su esfínter anal por parte de la médica forense ADRIANA YANETH MENDOZA. Además, el ofendido, cuando absolvió testimonio en el juicio, al ser confrontado por tales incoherencias, ofreció una explicación razonable y plausible de las mismas, al adverar que procedió en tal sentido por la pena, la vergüenza y el bochorno que le generaba lo acontecido, o sea el admitir su sodomización.

Igual situación de simples y meras especulaciones carentes de respaldo probatorio acontece en lo dicho por la defensa para pretender justificar el desgarro que el ofendido presentaba en el ano, cuando adujo que tal lesión bien podía ser consecuencia de un estreñimiento o de una deposición voluminosa, de lo cual no existe prueba alguna, ya que en el proceso no está demostrado que el agraviado padecía de problemas para defecar o de que sufriera algún tipo de patologías afines.

Ahora, en lo que atañe con las supuestas contradicciones generadas entre lo consignado por la galena DIANA LUCELLY MOSQUERA en la historia clínica de la ESE Salud Pereira y los hallazgos que en el esfínter anal de la víctima fueron encontrados por la médico forense ADRIANA YANETH MENDOZA, vemos que si bien en esa historia clínica no se hace mención alguna del edema ni de la fisura que la víctima presentaba en el ano, ello no quiere decir que el agraviado no tuviera esas lesiones, ya que si se efectúa un análisis de lo declarado por las testigos frente a tan peculiar situación, se tiene que esas discrepancias son productos de unos simples y meros sofismas generados por el hecho consistente en que el examen forense médico legal es más exhaustivo y especializado que el clínico, aunado a que, como bien lo dijo la testigo DIANA LUCELLY MOSQUERA, a los médicos corrientes les está vedado llevar a cabo ciertas intromisiones y manipulaciones corporales que si las puede realizar el forense. Tal situación, en opinión de la Sala, repercutió para que en el examen médico forense se encontraran unos hallazgos que pasaron desapercibido en el examen clínico.

Finalmente, en lo que atañe con los hallazgos forenses relacionados con los residuos de espermatozoides y de líquido seminal encontrados tanto en la parte posterior de los interiores o calzoncillos de la víctima como unas muestras anales que le fueron tomadas, si bien es cierto, como lo aduce el apelante, que científicamente no se pudo demostrar que tales evidencias biológicas provenían del procesado, ya que no se practicó un dictamen de ADN, también es cierto que a pesar de tan lamentables falencias probatorias, en la actuación existen indicios que de una u otra forma de manera indirecta nos enseñan que probablemente dichos residuos de espermatozoides provengan del procesado, ya que él fue la persona que sostuvo la relación carnal *contra natura* con la víctima, quien eyaculó al interior del esfínter anal[[9]](#footnote-9), en el que posteriormente se encontraron restos de espermatozoides.

En suma, la Sala discrepa de los reproches formulados por el apelante para cuestionar o poner en tela de juicio la ocurrencia de los hechos, ya que en el proceso si existían pruebas más que suficientes, que al ser analizadas y apreciadas de manera conjunta, indubitablemente demostraban que el ofendido J.C.C.A. fue sodomizado por parte del señor OCTAVIO DE JESÚS MARÍN en las instalaciones del Instituto Educativo Carlos Castro Saavedra a eso de las 15:30 horas del 27 de agosto del 2.014[[10]](#footnote-10).

Lo dicho por el agraviado, respecto al escenario en donde tuvieron ocurrencia los hechos libidinosos, obtiene eco en lo atestado por los profesores LUZ ESTELA MARTÍNEZ y ARMEIRO ESCARPETA, quienes respectivamente se dieron cuenta de: (i) cuando el procesado, seguido posteriormente por el agraviado, se dirigían hacia el taller de los telares en donde ingresaron y se encerraron; y (ii) el momento en el que la víctima salió de dichas aulas acomodándose los pantalones, y como el hoy acusado pretendió pasar desapercibido.

De igual forma con los testimonios de las peritos ADRIANA YANETH MENDOZA y MARGARITA MARIA ARREGOCES, se demostró que el ofendido había sido sodomizado. Así tenemos que como consecuencia de los hallazgos encontramos en el esfínter anal de la víctima por parte de la médico forense ADRIANA YANETH MENDOZA, quien adujo que dicho órgano presentaba un leve edema perianal y una fisura o desgarro reciente al meridiano de las 7; hallazgos estos que según el decir de la experta, eran compatibles con las maniobras sexuales descritas por el ofendido en la anamnesis.

A su vez, la perito MARGARITA MARÍA ARREGOCÉS se encargó de realizar un análisis de laboratorio en las prendas de vestir de la víctima como a las muestras anales que le tomaron, y llegó a la conclusión que en las mismas se encontraron huellas de líquido seminal y de espermatozoides.

Luego entonces, si se analizan las anteriores pruebas conjuntamente, y no de manera aislada y amañada como al parecer lo pretende la defensa en la alzada, las mismas conducen a demostrar plenamente que el ofendido J.C.C.A. fue sodomizado por parte del Procesado **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN**, cuando ambos se encontraban encerrados al interior del taller de telares.

**3.3.4.-** *Ponderación del conjunto probatorio frente a la responsabilidad penal*

Lo primero a poner de presente es que la inicial ponencia presentada por el magistrado MANUEL YARZAGARAY BANDERA anunciaba la revocatoria del fallo de primera instancia para en su lugar proponer una absolución. La argumentación que allí se expuso no fue compartida por la Sala Mayoritaria de esta Corporación como quiera que la apreciamos alejada de la realidad procesal en este caso específico, a consecuencia de lo cual hubo lugar al cambio de ponente. Por tal motivo se expondrán a continuación los argumentos que se poseen para estimar que la funcionaria de primera instancia no se equivocó al valorar la prueba y que se hacía inevitable concluir el asunto con un fallo de condena.

Como ya se anunció, existen unos mojones de la discusión que deben ser descartados de plano porque provienen de un entendimiento equivocado por parte de la defensa. Y así lo decimos, en cuanto todos los integrantes de la Sala, incluido el magistrado disidente, estamos de acuerdo en sostener que el señor defensor se equivoca cuando plantea que el hecho de no poderse precisar si hubo o no penetración, o si los espermatozoides hallados en el cuerpo y la vestimenta de la víctima pertenecen en realidad a su procurado, son situaciones que llevan a pensar que no fue su cliente quien perpetró el acto que se reprocha. Contrario a ello, como ya se anunció en el capítulo anterior, para todos está claro que el hecho sí existió, que el mismo es de contenido erótico sexual, y que quien lo ejecutó no fue nadie distinto al señor **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN**, de todo lo cual no cabe la menor duda: (i) porque el menor así lo aseguró; (ii) porque en ese lugar solo estaban ellos dos; (iii) porque fueron sorprendidos ingresando y saliendo de ese lugar no obstante las restricciones que existían a ese respecto, y fuera de eso en situación inapropiada porque el hoy acusado no quiso dar la cara y el menor se intentaba vestir, según la narración de los profesores ARMEIRO ESCARPETA y LUZ ESTELA MARTÍNEZ QUIÑÓNEZ; y, finalmente (iv) porque en efecto, como lo dio a conocer la bióloga forense MARÍA ARREGOCES, tanto el examen de una de las prendas, como el frotis anal practicado al menor, arrojaron como resultado la existencia de líquido seminal y espermatozoides, generándose un indicio en aquellos eventos en los cuales el sospechoso se niega a cooperar para suministrar la muestra para el respectivo cotejo.

Superado así ese primer escollo que podemos calificar como basilar, lo que sigue desde luego es determinar si ese episodio que sí existió y que tiene un evidente contenido erótico sexual, es en verdad de naturaleza delictiva y de ser así qué pruebas existen para poder enrostrarle ese comportamiento al aquí acusado. Para establecerlo, corresponde expresar que la controversia probatoria gira en torno a dos tesis contrapuestas que se pueden resumir de la siguiente manera: TESIS UNO (de la defensa y el magistrado disidente): EL AQUÍ ACUSADO NO ABUSÓ SEXUALMENTE DEL MENOR J.C.C.A. PORQUE NO SE TRATÓ DE UN ACTO VIOLENTO EN SU CONTRA SINO CONSENSUADO O CONSENTIDO POR ÉSTE. TESIS DOS (la jueza de primera grado, la delegada Fiscal, el apoderado de la víctima, y de la Sala Mayoritaria): EL ACTO FUE VIOLENTO PORQUE NO MEDIÓ EL CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA.

Quienes propenden por la TESIS UNO aseguran que el menor quiso ser accedido por el adulto en tan particulares condiciones, con fundamento básicamente en lo siguiente: (i) entre víctima y victimario había cierta amistad, como quiera que charlaban, y en ocasiones éste le daba alimentos a aquél, e incluso se llegó a sostener que el menor visitaba la casa del adulto; (ii) ese día ambos acordaron introducirse y encerrarse en ese taller con miras a tener relaciones sexuales; (iii) el adolescente aceptó la cópula porque no opuso resistencia; (iv) al verse descubiertos por el coordinador del Colegio, el adulto salió presuroso de ese lugar, en tanto el menor se inventó una mentira para no quedar mal ante su señora madre, ni ante los funcionarios y demás alumnos del plantel, motivo por el cual buscó presuroso la forma para enlodar aquí procesado y salir bien librado del impasse. En tanto, quienes propendemos por la TESIS DOS somos del criterio que nada de eso fue así, y no podía serlo por múltiples razones: (i) el menor ha negado desde siempre haber tenido esa amistad con el adulto quien era el conserje de la institución, y la prueba de la defensa no tiene la capacidad de quebrar la verticalidad del dicho del menor, e incluso de llegar a admitirse que ellos hablaban, tampoco ello sirve para sostener que es prueba que el adolescente accedió a tener relaciones sexuales con el citado operario del centro educativo; (ii) si el púber J.C.C.A aceptó ir a ese taller, lo fue a consecuencia de un ENGAÑO, como quiera que el adulto le pidió el favor que lo ayudara a recoger unas matas que estaban dentro del taller de telares, situación que aprovechó para cerrar el recinto y tomarlo por la fuerza con los resultados ya conocidos; y (iii) olvida la defensa y el magistrado disidente, las condiciones personales del niño J.C.C.A., las circunstancias particulares que rodearon la escena de los hechos, e incluso lo acaecido después de su consumación.

La Sala Mayoritaria pasa a analizar uno a uno los aspectos relevantes puestos en juego, para explicar por qué la TESIS UNO no está llamada a prosperar:

No estamos en presencia de cualquier menor, se trata de un niño calificado por la madre, por la médico forense y por los profesores, en particular por quien presenció momentos de la escena ARMEIRO ESCARPETA, como de baja escolaridad, con deficiencias para el aprendizaje, que “no cree en la maldad, cree que el mundo es bueno”, sumiso, manipulable y por tanto “fácil de acceder a él”.

Era su primera experiencia sexual. Incluso se llega a decir que su pene presenta una característica bien particular, porque tiene un prepucio alargado y estrecho que impide descubrir el glande, con esmegma por falta de aseo y un olor muy desagradable en el área genital. En esas apreciaciones fueron totalmente coincidentes la médica general DIANA LUCELLY MOSQUERA MONTAÑO quien atendió inicialmente al menor en la ESE SALUD PEREIRA, y la médica legista ADRIANA YANETH MENDOZA JIMÉNEZ

Si se examina el registro de audio de su exposición en juicio, se puede apreciar cómo hace un relato sincero, coherente y desprevenido acerca de los pormenores de lo que le sucedió**.** Y lo que sostuvo en juicio es coincidente y no se contrapone con todo lo que afirmó desde un comienzo: en el escrito que elaboró a petición del profesor ARMEIRO, en la versión dada a la madre, a la sicóloga del plantel, a quienes lo atendieron en el Centro de Salud y a la defensora de familia. En algunos de esos momentos contó el episodio con más detalles que en otros, pero siempre conservando el mismo hilo conductor de su narrativa, de todo lo cual se extrae en forma diáfana que: SE ENCONTRABA MOSTRÁNDOLE UNOS DIBUJOS QUE ACABABA DE HACER A UNAS PERSONAS EN LA CAFETERÍA, INSTANTE EN EL CUAL EL CONSERJE **OCTAVIO** LE PIDIÓ QUE LE AYUDARA A COGER UNAS MATAS EN EL TALLER DE TELARES Y NO VIO PROBLEMA EN AYUDARLE. AL LLEGAR Y CUANDO ESTABA EN ESA LABOR SOLICITADA, AQUÉL CERRÓ LA PUERTA DE ACCESO, LO TOMÓ POR LA FUERZA, LO RECOSTÓ CONTRA EL MURO, LE QUITÓ LA ROPA, LE CHUPÓ EL PIPI, Y LUEGO LO VOLTEÓ PARA PENETRARLO POR DETRÁS MIENTRAS LE TAPABA LA BOCA PARA QUE NO GRITARA.

Quienes plantean la TESIS UNO aseguran que el menor miente, pero no se atreven a decir si miente en parte o miente en todo, y a no dudarlo tendrían que aceptar que si el menor mintió entonces fue solo parcialmente, porque ya se sabe que ese hecho sí existió y fue de contenido erótico sexual. Pero digamos entonces que solo mintió en los aspectos de trascendencia jurídico penal, como por ejemplo: (i) se inventó lo del arreglo de las matas como motivo de su traslado a ese lugar, con miras a armar un montaje y hacer creer que ese desplazamiento al taller de telares no fue de muto acuerdo sino mediante engaño; (ii) se inventó que lo estrujó contra el muro; (iii) se inventó que le quitó la ropa bruscamente; (iv) se inventó que le tapó la boca; (v) se inventó que le dolió mucho lo que le hizo por detrás; y, finalmente (vi) se inventó que con posterioridad a los hechos fue amenazado y robado como una forma de presión para que retirara la demanda, y que además se encuentra temeroso que esta persona le haya pegado el sida.

Nos preguntamos: ¿QUIÉN CREE QUE UN NIÑO DE LAS CARACTERÍSTICAS DE J.C.C.A. PUEDE TENER LA IMAGINACIÓN PARA PENSAR QUE SI SE INVENTA TODOS ESOS DATOS EN FORMA ESCALONADA VA A LOGRAR SALIRSE CON LA SUYA, ES DECIR, QUEDAR BIEN CON SU MAMÁ, CON LOS PROFESORES, CON LOS OTROS ALUMNOS, Y FINALMENTE HASTA CON EL JUEZ? Porque recordemos que la TESIS UNO pregona que este niño se creó toda esa estrategia para que no se enteraran que él había aceptado hacer eso y por tanto era un homosexual, prefiriendo a cambio enlodar a **OCTAVIO** y no importarle que lo llevaran preso. ¿ESO ES LÓGICO? Creemos que no.

Y no solo es ilógico, sino salido del contexto real, porque una desprevenida mirada al testimonio del menor permite apreciar que su sinceridad no tiene límites. Basta recordar que el adolescente fue claro al decir en juicio que: (i) **OCTAVIO** no lo golpeó, no lo lesionó, ni tampoco lo amenazó, pero que sí lo estrujó, lo apretó, le bajó los pantalones y sus interiores, y le tapó la boca para que no gritara; (ii) no se defendió, ni tampoco se negó, porque esa situación le ocasionó pánico y lo dejó congelado, a consecuencia de lo cual en este momento está en un tratamiento sicológico porque le están enseñando cómo es que debe actuar en casos como esos para poderse defender; (iii) no puede asegurar si en verdad el adulto lo penetró con el asta viril por el recto, y solo atina en decir que eso le dolió mucho; e incluso dejó en claro que (iv) **OCTAVIO** no le rasgó sus prendas de vestir, solo se las bajó con fuerza y “se dañó un punto de la correa que ayuda a sujetar”. Como quien dice que no se ve por parte alguna que este joven haya querido hacer un relato con miras a perjudicar aviesamente al agresor, se limita a decir en forma escueta lo realmente sucedido, pero ello es suficiente y contundente para asegurar que el acto no fue voluntario sino forzado.

Ahora, en caso de que esa confiabilidad en el dicho del niño no fuera suficiente a voces de quienes pregonan la TESIS UNO, entonces veamos todos los restantes elementos materiales probatorios que existen en el proceso y que acompañan su versión:

- El profesor ARMEIRO ESCARPETA MACHADO, persona que se subió por un muro para poder mirar hacia el interior del taller con el fin de establecer qué era lo que estaba sucediendo, fue enfático al decir que cuando abrieron la puerta desde el interior, logró percatarse que el niño venía tratándose de organizarse el pantalón y en efecto traía la correa totalmente desabrochada.

- En el escrito que elaboró el joven de su puño y letra a petición del profesor ESCARPETA, minutos después de salir del recinto en donde fue observado en tan deprimentes condiciones, no utiliza la expresión VIOLENCIA como es lo que ahora exigen quienes proponen la TESIS UNO; pero a cambio, de las pocas palabras que utiliza es evidente que de allí no se extrae que él quiso hacerlo, antes por el contrario, lo que J.C.C.A expresó en ese papel es que: “no sabía que era para hacer eso sino a coger unas matas”. Y entonces: ¿si a lo que iba era a coger unas matas como le habían pedido, no fue para él sorpresivo que resultara de buenas a primeras teniendo una relación carnal?

- La señora MÓNICA CARDONA ARROYAVE, madre de J.C.C.A., además de hablar de los pormenores del caso y de la rabia que le generó lo sucedido en contra de su hijo, puso de presente que a raíz de eso “él ya tiene miedo de socializarse con otras personas”, y añade que es verdad que al niño lo amenazaron para que quitara la demanda, e igual le sucedió a ella porque el acusado la amenazó, a consecuencia de lo cual les tocó alejarse.

- La médico forense que examinó al menor justo al día siguiente del episodio, fue clara en sostener según su conocimiento científico: (i) que halló fisuras recientes en el recto compatibles con manipulación sexual; (ii) que es totalmente normal, lógico y creíble, que ante una situación como la descrita una persona no sea capaz de defenderse por quedar paralizada del susto (entiéndase pánico), o como dice el adolescente: “quedé congelado”, para ello asegura que esa creencia popular generalizada según la cual una víctima que no se defiende es porque accede al acto, es totalmente equivocada, y trae como ejemplo lo que les sucede a las víctimas de hurto que no son capaces de evitarlo por quedar paralizadas del miedo; y (iii) que es también totalmente comprensible que el menor no supiera decir si el pene del agresor ingresó efectivamente y en que grado por su esfínter anal, porque se trató de su primera experiencia sexual y es un niño desconocedor de este tipo de episodios.

- Lo que se acaba de expresar resulta compatible con lo existente a nivel de las reglas del Estatuto de Roma en esta materia, porque la regla 70 enseña:

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

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

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

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

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

d)  La credibilidad, la honorabilidad o **la disponibilidad sexual de la víctima** o de un testigo **no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima** o de un testigo. (negrillas de la Sala Mayoritaria)

E igualmente es coincidente con la jurisprudencia nacional, que en ese ámbito ha expresado:

En casación penal de octubre 31 de 2012, con radicación 34494, se dijo:

“[…] la persona debe estar exenta de cualquier interferencia que pueda anular o diezmar severamente su capacidad de decisión, o de cualquier situación que la coloque en imposibilidad de otorgarlo con total conciencia y libertad, condición que resulta exigible tanto para el consentimiento expreso como para el sobreentendido, tácito o inferido, pues también éste presupone capacidad y libertad de decisión.

Plantear, por tanto, un error sobre el otorgamiento del consentimiento de una persona que no se encuentra en capacidad de concederlo, cuando el sujeto agente conoce esta situación, carece de sentido, porque cualquier actitud o manifestación suya en este estado, dirigidas a disponer de su sexualidad, han de entenderse inexistentes, principio que es hoy reconocido por instrumentos internacionales de los cuales Colombia hace parte, como las Reglas de Procedimiento y Prueba para la aplicación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional[[11]](#footnote-11) de necesaria consulta en el derecho interno, según lo ha precisado la Corte Constitucional y esta Sala en otras oportunidades[[12]](#footnote-12) […]

Y en casación de septiembre 09 de 2015, bajo el radicado 34514, se indicó el verdadero entendimiento de la línea jurisprudencial:

“Tal postura vulnera la lógica de lo razonable. En efecto, es absurdo pensar que en todos los casos en los cuales se ha imputado la realización del artículo 205 del Código Penal la víctima está obligada a actuar de determinada forma en aras de colegir que la acción del autor fue violenta. Lo primordial frente a estas situaciones consiste en establecer cuál era la voluntad del titular del bien, sin perjuicio de sus reacciones o la ausencia de estas. El Tribunal le impuso entonces al sujeto pasivo una condición especial que el tipo no contempla.

Cuando la Corte, en la sentencia CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413, arguyó que la violencia física en el acceso carnalconsistía en cualquier vía de hecho suficiente para «*vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado*»[[13]](#footnote-13), jamás estableció deberes de acción en el sujeto pasivo, tan solo la necesidad de valorar la idoneidad del acto perpetrado por el actor en atención de las circunstancias particulares, lo que implicaría considerar todas las contingencias (incluidas la inactividad, el pánico y la total subordinación) frente a las agresiones sexuales.

Queda claro por tanto que en relación con la prueba de cargo la secuencia de lo acaecido es contundente en el sentido que se trató de un acto violento y no de uno consensuado; en consecuencia, lo que resta es determinar cuál es la correcta valoración de la prueba de descargo, porque mediante ella se intentó demostrar que el menor fue quien propició todo esto y por lo mismo el aquí procesado podía sentirse autorizado a proceder en la forma en que lo hizo.

A ese respecto podemos asegurar sin temor a equivocarnos que la prueba de la defensa no resiste un análisis conforme a las reglas de la sana crítica, como se pasa a demostrar:

Basta decir que unos testigos son de mera referencia y no pueden dar fe de lo que afirman, en tanto otros se atreven a afirman lo que los restantes niegan, y otros nada sustancial aportan porque nada les consta. Nos limitaremos por tanto al examen de los testigos de descargo que algo pueden aportar, y en esa dirección se aprecia lo siguiente:

El primo del procesado, señor LEONARDO FABIO BATERO, expresó que **OCTAVIO** le contó que este joven J.C.C.A lo buscaba en el colegio en diferentes partes para llevarle el refrigerio. Y el domingo de la semana anterior a estos acontecimientos, aquél llevó a su casa a ese menor, se lo presentó, y de allí se fueron para la casa de **OCTAVIO**. No le pareció extraña esa amistad entre su primo y el citado menor.

Ese que es el testimonio más comprometedor, ninguna fuerza de convicción posee porque: (i) la primera parte de sus dichos son de referencia, porque nada le consta respecto a los encuentros entre ese menor y su primo, dado que esa información la recibió de labios de **OCTAVIO**; (ii) pone de presente que fue su primo quien le hablaba de ese menor y luego lo llevó a su casa para presentárselo, es decir, de allí queda en claro que quien tenía interés en el menor era el aquí procesado, como situación obvia porque pensar lo contrario sería un absurdo cuando quedó establecido el acto sexual que ejecutó sobre el menor.

Empero, no obstante esas afirmaciones del citado primo, el restante caudal probatorio traído por la defensa, lo que pretende demostrar a toda costa es curiosamente todo lo contrario, es decir, que era el menor quien buscaba desesperadamente a **OCTAVIO** en el colegio y que el aquí procesado rechazaba insistentemente al menor. Mírese:

INÉS RUBIALBA ARANGO de GALLEGO, empleada de oficios varios en el citado centro educativo, es decir que ejercía similar trabajo al del señor **OCTAVIO**, refiere que el niño se desesperaba mucho buscándolo a él, lo perseguía mucho (aunque no explica por qué o para qué), y que **OCTAVIO** nunca buscaba al niño sino éste a él. Y para reforzar más su dicho, hizo estos otros agregados: Al citado conserje no se le veía nunca por ahí charlando con muchachos, no atendía a los jóvenes del colegio; y añade que el menor J.C.C.A recibía los refrigerios y ahí mismo se los traía a **OCTAVIO**, pero éste se le perdía.

Hasta aquí nos preguntamos: ¿cómo así que **OCTAVIO** se le perdía al menor J.C.C.A. y no lo atendía, o sea que siempre lo rechazaba? No es eso un absurdo cuando el anterior testigo está asegurando que su primo **OCTAVIO** le hablaba de ese menor e incluso lo llevó hasta su casa para presentárselo? Situación incomprensible cuando fue el propio defensor en sus alegatos de apertura quien aseguró que iba a demostrar en juicio que su cliente le suministraba alimentos a ese menor que porque al niño no se los proporcionaban en la casa. ¿Entonces en qué quedamos, el niño lo buscaba para entregarle el refrigerio pero **OCTAVIO** se le perdía como lo dice la testigo, o era **OCTAVIO** el que buscaba al niño para darle el alimento que no le daban en la casa como lo dijo desde un comienzo el defensor y lo mencionó por referencia el primo del acusado?

Pero ahí no para la cosa, porque sucede que esta testigo hizo otras afirmaciones que carecen de sustento y van en contravía de la restante evidencia presentada en juicio, porque se atrevió a sostener ante una pregunta de la delegada fiscal, que ella puso la queja de esa situación observada entre ese niño y el conserje, tanto al señor rector como a la sicóloga del plantel. Y ocurre que tanto el rector GILDARDO DE JESÚS ARENAS MESA, como la citada sicóloga CLEMENCIA CECILIA HERNÁNDEZ GÓMEZ, dicen lo contrario, porque esta profesional aseguró que nunca se enteró de nada respecto a las dos personas involucradas en este asunto porque ella permanecía en la oficina sin contacto con las actividades externas del colegio, e incluso agregó que al entrevistar al menor éste siempre negó al citado **OCTAVIO**; en tanto el rector igualmente aseguró que nunca supo de algún comentario referido a ellos.

Y para acabar de rematar ese cuadro de confusión en el asunto, la defensa presentó en juicio a la señora GLORIA PATRICIA GIRALDO VALENCIA, también auxiliar administrativa de aseo y archivo, quien dijo haberse enterado de una ocasión en que el niño estaba buscando a **OCTAVIO** porque necesitaba entregarle un refrigerio, y en otra ocasión el niño le preguntó a **OCTAVIO** que si no le iba a dejar el sobrado, y este le contestó que no, que él no le dejaba sobrados a nadie. Nos preguntamos ¿al fin quién le daba refrigerio a quién, y cómo así que **OCTAVIO** le respondió tan agrestemente al menor, no que lo quería proteger dándole alimentos porque en la casa no le daban?

Finalmente tenemos el testimonio de la señora BLANCA DE JESÚS VERA MARÍN, quien igualmente trabaja en oficios varios y habita en el mismo barrio del acusado, quien precisó que el niño llegaba a la hora del almuerzo y **OCTAVIO** luego llegaba ahí, y que el menor en algún momento le contó que la mamá lo mandaba a rebuscarse para que la ayudara, pero no le dijo en qué.

De todo lo anterior se saca en claro que el niño J.C.C.A. no mintió en el juicio cuando sostuvo que nunca tuvo una relación directa con el conserje del colegio, y simplemente oía que otros lo llamaban para pedirle favores propias de su empleo. Así las cosas, lo único que podría quizá admitirse en gracia de discusión, es que el menor pudo tener algún contacto visual o de trato con el conserje del plantel, pero si eso sucedió fue en los momentos del almuerzo, al igual que es resto de los alumnos, pero nada más. Pero de allí, por supuesto, no se puede extraer que el niño fue quien propició el encuentro carnal furtivo al que se contrae la denuncia.

Hay lugar por tanto a sostener que la juez de instancia no se equivocó al momento de hacer la valoración probatoria y en consecuencia corresponde avalar la determinación de condena.

4. CONSIDERACIONES ADICIONALES

**4.1.*-*** *De las solicitudes presentadas por el procesado*

Encontrándose las diligencias en esta Corporación para desatar la apelación interpuesta, por parte del señor **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO** se presentaron en mayo 8 y agosto 15 de 2017, dos solicitudes ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, que fueron resueltas por la funcionaria de primer nivel y cuya decisión de segunda instancia estaban pendientes de resolverse ante el despacho del Dr. MANUEL YARZAGARAY, pero que en virtud al cambio de ponencia por no compartirse el proyecto inicial, las decidirá la Sala Mayoritaria.

En relación con la primera de las peticiones, el procesado solicitó la redención de pena por trabajo y estudio, misma que fue decidida por auto de agosto 4 de 2017, por medio de la cual se le negó tal pretensión, al esgrimir la a quo que son los jueces encargados de la vigilancia de la pena los que deben resolver tal pretensión, salvo que se requiera resolver lo relativo a la libertad por pena cumplida, evidenciándose que el señor **OCTAVIO** fue condenado a 14 años, y de la información allegada se tiene que este todavía no se supera dicho lapso. Por ello estimó la funcionaria que el procesado podrá continuar en la realización de actividades de redención de pena, las que le serán computadas una vez quede en firme la condena.

Frente a dicha determinación, el procesado arrimó escrito en el que refiere que no fue condenado a 14 años sino a 12 años de prisión, y además de ello cuestiona el obrar tanto del juzgado como de la Fiscalía en el proceso que se adelantó en su contra, haciendo alusión a que no se hizo examen de la pantaloneta ni de ADN, así como la presunta comisión de falsos testimonios, y pese a ello no se efectuó investigación alguna, así como la existencia de diversas dudas y pruebas que no fueron debatidas en juicio.

En la última solicitud allegada por el actor, además de reclamar su libertad por vencimiento de términos por cuanto a la fecha tiene la calidad de sindicado, igualmente hace alusión a aspectos relacionados con la investigación que se adelantó en su contra, donde refirió que la juez adelantó el juicio cuando faltaban elementos probatorios y evidencias físicas para determinar que la conducta existió, a la vulneración de reglas del contrainterrogatorio y falsas versiones, entre otros. Igualmente hace alusión a la investigación disciplinaria que se surte contra la fiscal que adelantó el caso.

En relación con dicho pedimento, la juez por auto de septiembre 29 de 2017 negó la libertad por vencimiento de términos al considerar que por haberse proferido sentencia en mayo 27 de 2015 en contra del señor **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN**, se avizora que la medida de aseguramiento por la cual se encontraba privado de la libertad perdió su vigencia en ese momento y por ende el mismo está detenido en virtud a un fallo de condena al existir conocimiento más allá de toda duda respecto del delito y la responsabilidad penal del acusado.

Inconforme con lo decidido el procesado expresa que se violó la sentencia C-221 de 2017, pues la vulneración y obstrucción se presentó cuando quienes dirigieron la investigación no recopilaron varias pruebas a su favor y no mostrarlas en audiencia, ya que solo parte de estas quedaron en el escrito de acusación, máxime que la juez solo se dedicó a preparar las audiencias pero no exigió a la fiscal todas las pruebas y de las cuales tuvieron conocimiento. Agrega que si no se le hubiera imputado el delito no se le habría impuesto medida de aseguramiento y cómo va a decir que perdió tal medida de aseguramiento, si hasta el sentido del fallo de la primera instancia no había salido la ley que lo favorece.

**4.2.*-*** *Decisión de la Sala.*

En relación con la providencia adoptada por la Juez Cuarto Penal del Circuito en agosto 4 de 2017, la Corporación dirá desde ya que si bien la sustentación del recurso presentado por el señor **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO**, no fue adecuada, toda vez que frente al pronunciamiento de la a quo nada dijo al respecto, en tanto enfatizó su disertación a hacer alusión a situaciones relacionadas con el debate probatorio, lo que ameritaría que la Sala lo declarara desierto, en atención al principio de caridad, amén que fue el mismo procesado quien elevó la petición y sustentó su inconformidad, la Corporación resolverá su reclamo de fondo teniendo de presente el sentido final que se extrae de su solicitud.

Como bien lo indicó la funcionaria de primer nivel, el artículo 64 de la ley 17409/14, que adicionó el artículo 103A a la Ley 65/93, dispone: “La redención de pena es un derecho que será exigible una vez la persona privada de la libertad cumpla los requisitos para acceder a ella. Todas las decisiones que afecten la redención de pena, podrán controvertirse ante los jueces competentes”, y los jueces competentes, como así lo pregonan los artículos 82 y 97 del Código Penitenciario y Carcelario, son los de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, acorde igualmente con lo reglado en el numeral 4° artículo 38 C.P.P., donde se indica que son estos funcionarios los que conocerán lo relacionado con la rebaja de pena y redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza.

Y es que solo cuando se trata de resolver la petición de libertad por pena cumplida, tal competencia radicaría en los juzgados de conocimiento, de no haber cobrado firmeza el fallo de condena, como así se desprende de lo reglado en el artículo 60 de la Ley 1709/14 que modificó el artículo 97 del Código Penitenciario, donde se plasmó: “Los procesados también podrán realizar actividades de redención pero sólo podrán computarse una vez quede en firma la condena, salvo que se trata de resolver sobre su libertad provisional por pena cumplida.”.

Sin lugar a mayores elucubraciones, toda vez que la normativa es clara sobre quién tiene la competencia para decidir sobre la redención de pena de quienes como el señor **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN** han sido condenados, pero el fallo aún no se ha ejecutoriado, la Sala confirmará la decisión proferida por el despacho de primer nivel, máxime que en el presente asunto aún no se ha superado el lapso por el cual fue condenado el procesado -12 años-, que no 14 como de manera errada se indicó por la quo, yerro este que en sentir la Sala no tiene trascendencia alguna.

Ahora bien, en relación con la apelación presentada frente al auto de septiembre 29 de 2017, que le negó la libertad por vencimiento de términos, debe indicar la Sala que si bien en la sustentación del recurso nuevamente el señor **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN** hace alusión a aspectos relativos a las pruebas habidas en el proceso que se adelantó en su contra, las mismas ya fueron objeto de pronunciamiento en el presente fallo.

Y con respecto a dicho pronunciamiento, debe decir la Sala que en efecto no le asiste razón al señor **OCTAVIO MARÍN**, toda vez que, como así lo señaló la a quo en su pronunciamiento, a partir del momento en que se dictó el sentido de fallo la medida de aseguramiento que había sido proferida en contra de este perdió vigencia, para continuar privado de su libertad pero con ocasión del fallo que le resultó adverso.

Sobre el punto, esta Sala de decisión ha tenido la oportunidad de referirse a dicho tema en anteriores oportunidades, y donde sobre este mismo aspecto, con ponencia de quien ahora ejerce tal función, se llegó a las siguientes conclusiones:

“En criterio del Tribunal los pronunciamiento que efectuó la Corte Suprema están ajustados en un todo no solo al texto del dispositivo declarado exequible, sino que conjugan las restantes disposiciones vigentes en la materia, como quiera que, a nuestro entender: (i) por mucho que se diga que la sentencia aún no ha causado ejecutoria, que no está en firme porque no se ha resuelto el recurso interpuesto, y que por tanto no se ha empezado a purgar la sanción impuesta, es lo cierto e indiscutible que no está en un mismo plano de igualdad aquél a quien no se le ha proferido sentencia, que quien posee un primer fallo judicial por medio del cual se le declaró responsable y fue vencido en juicio, porque en ese evento ya hubo un juzgamiento y es precisamente a ello a lo que se refieren los tratados internacionales cuando pregonan la necesidad de no postergar más allá del plazo razonable las detenciones preventivas sin un debido juzgamiento; (ii) no son iguales los fines de las medidas de detención preventiva que los fines de la pena, y son éstos y no aquéllos los que se pretende cumplir cuando ya una autoridad judicial ha proferido una sentencia de condena; y por último y más importante de todo (iii) no es cierto que las privaciones de la libertad cuando existe sentencia estén regidas o se encuentren soportadas en una medida de aseguramiento cautelar, porque es sabido sin discusión alguna, que no en todos los procesos se imponen preventivamente una medida de aseguramiento ya que es algo eminentemente accesorio al proceso penal. Y es tan contundente lo que se acaba de afirmar, que el argumento defensivo sería virtualmente inaplicable en aquellos eventos en los cuales no se impuso medida preventiva y sin embargo la persona es privada de la libertad al momento del anuncio del sentido del fallo o en la audiencia de lectura del fallo de primer grado. O en aquellos otros eventos en los cuales la privación de la libertad se da con ocasión de la orden emitida en la sentencia de segundo grado por haberse revocado el fallo absolutorio, o incluso con ocasión del recurso extraordinario de casación”.*[[14]](#footnote-14)*

Tal determinación fue objeto de acción constitucional y que ameritó un pronunciamiento reciente de la sala de casación penal, donde frente a tal postura de esta Corporación se indicó: “[…] con el actuar reseñado no hubo afectación para los derechos fundamentales de XXXX por cuanto la decisión desfavorable frente a su pretensión está debidamente sustentada en el ordenamiento jurídico y razonada en hechos que permiten al funcionario optar por la negativa del beneficio reclamado, es decir, que no constituye una decisión contraria a derecho, sino por el contrario, con sustento en la norma que rige la materia y en los elementos de juicio obrantes en el proceso […]”[[15]](#footnote-15)

Considera por lo tanto esta Sala que la petición de libertad por vencimiento del término de privación de libertad, no se ha configurado en el presente caso, y en consecuencia la misma no está llamada a prosperar.

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

FALLA

**PRIMERO: SE CONFIRMA** la sentencia de condena emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) en contra del señor **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO**.

**SEGUNDO: SE CONFIRMA** el auto proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito en agosto 4 de 2017, por medio del cual se le negó al señor **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO** la redención de pena por trabajo y estudio, cuya competencia, radica en los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

**TERCERO: SE CONFIRMA** el auto proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, fechado septiembre 29 de 2017, por medio del cual se le negó al señor **OCTAVIO DE JESÚS MARÍN BOTERO** la libertad por vencimiento del término de vigencia de la medida de aseguramiento.

**CUARTO:** Declarar que en contra de la presente decisión de segunda instancia procede el recurso extraordinario de casación, que de interponerse deberá hacerse dentro del término de ley.

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

-Salva el voto-

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. Nos referimos a ella como un acto complejo integrado por lo consignado en el libelo acusatorio y lo dicho por la Fiscalía en la audiencia de formulación de la acusación. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de marzo de 1.988. Rad. # 2037. MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de julio del 2009. Rad. # 31280. M. P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-3)
4. Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las siguientes sentencias emanadas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia del mayo 28 de 2014. Rad. # 42357; Sentencia del 5 de octubre de 2016. SP14151-2016. Rad. # 45647. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sobre estos principios, se pueden consultar las siguientes sentencias: La del 18 de diciembre del 2.001. Rad. # 15547; la del 25 de abril del 2.007. Rad. # # 26309 y la del 26 de octubre del 2.011. [↑](#footnote-ref-5)
6. Lo que es viable si partimos del supuesto consistente en que las audiencias preliminares no hacen tránsito de cosa juzgada material sino formal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 5 de octubre de 2016. SP14151-2016. Rad. # 45647. M.P. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Constitucional, Sentencia C-025/10, M.P. Humberto Sierra Porto. [↑](#footnote-ref-8)
9. Tal aseveración la fundamentamos en los dichos de la víctima, quien adveró que ayuntamiento carnal cesó unas vez que el sodomita **“*terminó”***, expresión esta que coloquialmente se utiliza cuando una persona eyacula durante una relación sexual. [↑](#footnote-ref-9)
10. En este acápite la Sala no hará ningún tipo de pronunciamientos respecto a si dicha copula carnal se llevó o no cabo en contra de la voluntad del agraviado, lo cual será objeto de un análisis que haremos en otro capítulo. [↑](#footnote-ref-10)
11. Aprobado por la Asamblea de los Estados parte del Estatuto de Roma realizada en Nueva York entre el 3 y el 10 de septiembre de 2002 y por el Congreso de Colombia mediante Ley 1268 de 31 de diciembre de 2008. [↑](#footnote-ref-11)
12. Confrontar tutelas T554 de 2003 y T458 de 2007. También Casación 29053 de esta Sala, sentencia de 5 de noviembre de 2008. [↑](#footnote-ref-12)
13. CSJ SP, 23 en. 2008, rad. 20413. [↑](#footnote-ref-13)
14. TSP AP, 10 oct. 2017, Rad. 660016000058201400365-04. [↑](#footnote-ref-14)
15. CSJ STP, 25 ene. 2018, Rad. 96273. [↑](#footnote-ref-15)