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.

|  |  |
| --- | --- |
| Fecha y hora de lectura: | Octubre 16 de 2018, 9:06 a.m. |
| Acusado: | Jesús María Augusto Álvarez Sánchez |
| Cédula de ciudadanía: | 7.518.060 de Armenia |
| Delito: | Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. |
| Víctimas: | Menor Y.M.Y.R. –con 15 años para la época de los hechos- |
| Procedencia: | Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la defensa contra la sentencia de fecha abril 27 de 2016. CONFIRMA. |

**TEMAS: ACCESO CARNAL / PRINCIPIOS DE COHERENCIA Y CONGRUENCIA ENTRE LA FORMULACIÓN DE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA / LA FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN TIENE CARÁCTER PROVISIONAL Y PUEDE VARIARSE SI SE RESPETA LA IMPUTACIÓN FÁCTICA / VALORACIÓN PROBATORIA.**

¿En la actuación procesal tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia con ocasión a que en los alegatos de conclusión se variaron los cargos enrostrados al procesado?

¿La funcionaria a quo 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 acusado? (…)

De lo anterior se puede colegir: (i) la formulación de la imputación se erige como una especie de condicionamiento fáctico 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; (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, 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; y (iii) de 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 10 C.P.P., decida cambiar o modificar los cargos enrostrados al procesado en la imputación, como consecuencia de unos notorios y evidentes yerros en los cuales se haya podido incurrir al momento de la formulación de imputación, que impliquen que esos cargos se encuentren manifiestamente divorciados de la realidad fáctica y probatoria. (…)

Por tanto, la jurisprudencia ha definido unos lineamientos expresos bajo los cuales, a pesar de las barreras que comportan los principios de congruencia y coherencia con miras a preservar los derechos de defensa y contradicción, es viable variar la calificación jurídica- Y esos límites parten del entendido basilar de respetar la imputación fáctica, al igual que el nuevo delito sobre el cual se pide condena verse sobre el mismo género pero diverso en su especie a aquél formulado en la acusación, aunque de igual o menor entidad con miras a no hacer más gravosos los efectos punitivos al justiciable.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

** RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA de decisión PENAL

Magistrado Ponente

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, doce (12) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

ACTA DE APROBACIÓN N° 922

SEGUNDA INSTANCIA

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

1.- hechos Y precedentes

La situación fáctica jurídicamente relevante y la actuación procesal esencial para la decisión a tomar, se pueden sintetizar así:

1.1.- Los hechos fueron dados a conocer por la Fiscalía en el escrito de acusación de la siguiente manera:

“[…] El 3 de octubre de 2012, se presenta ante las instalaciones de la SIJIN de BELEN DE UMBRIA, el señor UYRIEL ANTONIO YARSE LOPEZ, con el fin de realizar denuncia por el delito de ACTO SEXUAL ABUSIVO. Contra un presunto médico naturista que al parecer se encargaba de realizar unos tratamientos o curaciones toda vez que la hija del denunciante la cual tiene 15 años de edad y responde al nombre de Y.M.Y.R donde se aprovecha este supuesto médico para tocar y abusar sexualmente a la menor, el denunciante hace mención que los hechos ocurrieron en el mes de Septiembre del año 2012, toda vez que fue en varias oportunidades que el supuesto médico había abusado de la menor.

Manifiesta el denunciante y padre de la menor, que su hija fue en varias oportunidades a que le realizaran ese tratamiento y manifiesta que inicialmente le hicieron unos rezos en el pecho y que al pasar el día ya pasaron a unos masajes con aceites y que en una oportunidad la hizo acostar en una cama, donde empezó a tocarla por todo el cuerpo y por sus partes íntimas, como los senos y la vagina, donde posteriormente la penetró con su dedo y según lo manifiesta la denunciante, esto ocurrió en varias oportunidades y donde luego de realizarle eso, el supuesto médico naturista le decía que no contara nada de lo que había pasado.

Vale la pena manifestar que los hechos ocurrieron en el mes de Septiembre del año 2012, toda vez que fue en varias oportunidades, mediante tocamientos en sus partes nobles y acceso por vía vaginal, así mismo manifiesta que la persona que le realizaba esas actividades obscenas, se hacía llamar CÉSAR AUGUSTO ÁLVAREZ. Tal y como lo manifestó la víctima en su entrevista realizada ante la defensora de familia […]”.

1.2.- Una vez se hizo efectiva la aprehensión del señor JESÚS MARÍA AGUSTO ÁLVAREZ SÁNCHEZ en contra del cual se profirió orden de captura, se realizaron ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Belén de Umbría (Rda.) las audiencias preliminares (abril 30 de 2015) de legalización de captura e imputación por la conducta punible de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir -art. 210 C.P.-, como quiera que se aseguró que la adolescente fue accedida por el indicado bajo una condición síquica desfavorable; cargo frente al cual el imputado GUARDÓ SILENCIO. 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 (julio 24 de 2015) en contra del señor JESÚS ÁLVAREZ en el cual se le endilgaron cargos por la presunta comisión del punible de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir -art. 210 C.P.- en concurso homogéneo, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.), autoridad que convocó para las audiencias de formulación de acusación (agosto 28 de 2015), preparatoria (septiembre 21 de 2015), y juicio oral (octubre 29 de 2015 y enero 12 de 2015). Es de resaltar que en los alegatos de conclusión la Fiscalía varió la calificación jurídica por acceso carnal o acto sexual “en persona puesta en incapacidad de resistir” al que se contrae el art. 207 del C.P. en concurso homogéneo y sucesivo. Al cabo del juicio se dio a conocer un sentido de fallo de carácter sancionatorio, para proceder luego a emitir la sentencia respectiva (abril 27 de 2016), por medio de la cual: (i) se condenó al señor ÁLVAREZ SÁNCHEZ al haber sido hallado responsable de la conducta de acceso carnal o acto sexual “en persona puesta en incapacidad de resistir” -art. 207 del C.P.-, a una pena de 147 meses de prisión; (iii) se le impuso la accesoria de 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 **JESÚS MARÍA AUGUSTO ÁLVAREZ SÁNCHEZ**, a cuyo efecto fundamentó su decisión en los siguientes argumentos basilares:

- En cuanto a la variación de la calificación que hizo el señor fiscal en la audiencia de juicio oral y a la cual se opuso el señor defensor, aseguró que se cumplían los requisitos jurisprudenciales para la misma, toda vez que lo fáctico se mantuvo incólume, lo jurídico respectó las reglas de la congruencia como quiera que la conducta punible endilgada se ubica en el mismo título y capítulo del Código Penal, la pena no es mayor a la inicialmente contemplada en el delito que se imputó, y, finalmente, existió la debida controversia en la audiencia de juicio a ese respecto.

- En el proceso, gracias a las estipulaciones probatorias, se acreditó: (i) la joven fue examinada por el médico forense en octubre 08 de 2016, y el informe concluyó que la víctima presenta una edad cronológica de 15 años, con buen estado de salud física y mental, atenta, y sin señales de violencia sexual; (ii) la víctima nació en enero 16 de 1997, y para la época de los hechos contaba con 15 años y 8 meses de edad; (iii) quien se dice afectada tiene un adecuado nivel de escolaridad y no presenta conductas extrañas; (iv) tanto la víctima como sus padres reconocieron al victimario a través de fila de personas y álbum fotográfico; y (v) la entrevista rendida por la adolescente ante el psicólogo forense fue lógica y coherente.

- Con el testimonio rendido por la víctima se demostró de manera concreta los episodios lesivos contra su integridad sexual. Indicó que los hechos ocurrieron entre los meses de septiembre y octubre de 2012 cuando consultó un “mediquillo” por recomendación de sus familiares ante un dolor de estómago que presentaba. La persona la conocían en la Vereda donde vivía como “don César”. En la consulta le dijo que ella tenía un “maleficio” que le había hecho la suegra y en una ocasión el acusado le puso “ruda con aguardiente” en el estómago, la atendió en una pieza de la casa de él, le dijo que se quitara la ropa porque tenía que hacer bien el trabajo, usaba una untura en su dedo, se lo refregada por toda parte, le decía que abriera los pies y le introducía el dedo en la vagina. Ella volvió durante varios días, tal como se lo recomendó “don César”. El procesado le sobaba en su cuerpo “ruda y aguardiente”. Y señaló que siempre salía de allí “mareada e indispuesta”.

- Con el testimonio absuelto por el señor URIEL ANTONIO YARCE LÓPEZ –padre de la víctima- se demostró que a la adolescente si la llevaron a una consulta donde “don César”, porque tenía buena reputación como curandero, además, que confiaban plenamente en él y en sus trabajos. Su hija le contó lo sucedido a él y a una tía.

- Del testimonio rendido por la señora LUZ DARY RIVERA GÓMEZ –madre de la víctima- se acreditó que acompañaba a su hija a las citas con el “mediquillo” y que ella se quedaba afuera de la pieza y siempre la atendió a puerta cerrada, y se demoraba de veinte minutos a media hora. Su hija le había contado todo lo que este señor le hacía, pero pensó que eso era normal, que ese era el trabajo que le estaba haciendo para aliviarla. Toda la familia confiaba en él, era una persona reconocida para sanar “de mal de ojo” a los niños y a los enfermos. Supo que lo que pasaba no era normal cuando su hija le contó a una tía y se reveló para no asistir a las citas.

- Con el testimonio absuelto por la señora DOLLY RIVERA GÓMEZ –tía de la víctima- se acreditó que ella escuchó a la menor cuando le relató que “mediquillo” le tocaba lo senos, su cuerpo, y le introducía el dedo por la vagina. Sabe que el acusado era ampliamente reconocido en la Vereda por curar los niños “del mal de ojo”.

1.5.- Inconforme con la decisión adoptada, la defensa refirió que apelaría el fallo y lo sustentaría 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 de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, toda vez que la prueba fue precaria y no fue suficiente para llevar al convencimiento más allá de toda duda acerca de la responsabilidad del acusado, además porque el delito por el cual se imputó y se acusó no se tipifica en este caso*.*

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

- Censura que la imputación y la acusación se dio por el delito de actos sexuales y acceso carnal “en persona en incapacidad de resistir”, pero en los alegatos la Fiscalía cambió la calificación por actos y acceso “en persona puesta en incapacidad de resistir”; sin embargo, hay que diferenciar cada tipo penal desde el ámbito de la jurisprudencia y la doctrina. Si la persona está en condiciones normales previas al acto sexual y por algún medio idóneo se le pone en un estado físico o psíquico que le impida repeler u oponerse a los vejámenes sexuales, se entenderá que “fue puesta en incapacidad de resistir”. Por su parte, la persona “en incapacidad de resistir” es aquélla que sin intervención del agresor sexual de antemano está en una incapacidad física o psíquica que le impide oponerse al ataque sexual. Asevera que no se probó que su prohijado puso a la víctima en un estado de incapacidad que le impidiera rechazar los supuestos actos sexuales. Solo se probó que un médico naturista realizó un tratamiento a una joven.

- La a quo confunde el tipo penal, porque a pesar de que hubo un cambio al momento de los alegatos de conclusión, argumentó en la sentencia con hechos que según ella tipifican el delito imputado y no el delito por el cual se solicitó condena por parte de la Fiscalía, en cuanto afirmó que la persona estaba “en incapacidad de resistir” y no “puesta en incapacidad de resistir”.

- La joven asegura que los tocamientos no le gustaron y creyó que no eran necesarios para lograr su cura, razón por la cual los rechazaba, demostrándose que tenía plena capacidad de resistir y que el acusado no utilizó ningún medio para ubicarla en inferioridad.

- La medicina natural poco a poco gana terreno en la sociedad y cada día es más la gente que busca aliviar sus males con medicina alternativa, la cual tiene menos efectos secundarios que las drogas convencionales. El acusado era reconocido en la región como un médico naturista y era muy frecuentado por los ciudadanos de la zona, sin embargo, no entiende por qué la jueza deduce que la actividad del enjuiciado era “engañosa”, cuando la Fiscalía no probó que los productos naturales que su cliente utilizó eran inadecuados para aliviar los dolores que presentaba la víctima, o que poseían un fin libidinoso.

- El juez de primer nivel tomó como circunstancia más sólida la supuesta condición psicológica en la que el acusado puso a la joven, pero existe un interrogante de cómo lo hizo, toda vez que se trata de una menor, estudiante de grado 10, y con experiencia sexual, por tanto, no tenía una disminución psicológica que le impidiera rechazar la acción. En el proceso quedó claro que la víctima rechazaba la aplicación de los ungüentos, empero, no se entiende de dónde saca la sentenciadora que estaba en un estado de inconciencia y que no podía saber lo que pasaba.

- Se dan por cierto hechos no probados, cuando en el juicio oral ningún elemento probatorio certifica la existencia de ropa interior con sangre, solo es un dicho que surgió en el juicio y que ningún otro testigo corroboró, por tanto la juzgadora hace una apreciación errada de la prueba y edifica su sentencia solo en supuestos.

**2.2.-** Fiscalía -no recurrente-

Pide se confirme el fallo en los términos en que fue proferido, por cuanto la funcionaria hace un juicioso análisis del caso, toda vez que se demostró más allá de toda duda razonable, no solo la ocurrencia de la conducta delictiva sino la responsabilidad del procesado, lo cual sustenta en lo siguiente:

- La responsabilidad del señor **JESÚS ÁLVAREZ** se demostró no solo con los conceptos de los forenses, sino también con la declaración de la víctima; quien siempre fue lógica y coherente y precisó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos.

- El método de contemplación de las pruebas en materia penal es la persuasión o sana crítica, que enseña que deben ser apreciadas en conjunto, de forma articulada con los demás elementos probatorios y evidencia del proceso, de acuerdo con la regla de la lógica, de la ciencia, de la experiencia y del sentido común.

- En el presente caso la cognoscente profirió una sentencia que fue el resultado de las pruebas practicadas en la audiencia de juicio oral, las cuales valoradas en conjunto dan como resultado que estamos ante la presencia de una conducta delictiva y que su autor fue el procesado.

- Frente a la variación de la calificación jurídica puede sostener que la Fiscalía no sorprendió en ningún momento a la defensa.

**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 los alegatos de conclusión se variaron los cargos enrostrados al procesado?

¿La funcionaria a quo 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 acusado?

**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 los alegatos de conclusión decidió variar la calificación jurídica dada a los hechos enrostrados al procesado **JESÚS ÁLVAREZ** en la audiencia de formulación de imputación, los cuales pasaron de ser un reato de acceso carnal o acto sexual abusivos “con incapaz de resistir” a un delito de acceso carnal o acto sexual en “persona puesta en incapacidad de resistir”; empero, la Fiscalía aduce que no incurrió en ningún tipo de violación del principio de marras debido a que actuó en consonancia con la imputación fáctica.

Para poder determinar si le asiste la razón al apelante o a la Fiscalía, o si por el contrario ambas partes confrontadas están equivocados, como punto de partida la Sala dirá que el principio de congruencia consagrado en el artículo 448 C.P.P. hace parte de ese cúmulo de garantías que el artículo 29 Superior 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 fáctico-normativo, deben ser los mismos o afines a aquellos por los cuales en la sentencia se ha declarado la responsabilidad del acriminado, razón por la cual 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.

De un análisis comparativo entre la sentencia y la acusación, se observa que entre ambos actos procesales si existe correspondencia al menos en su aspecto fáctico, mas no en lo jurídico. Y ello acaeció porque la Fiscalía se vio obligada al momento de presentar sus alegaciones conclusivas, a modificar la calificación jurídica dada a los hechos enrostrados en la audiencia de formulación de la imputación y que fue igualmente ratificada en la audiencia de acusación.

Obsérvese que en la audiencia de formulación de la imputación llevada a cabo en abril 30 de 2015, ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con funciones de control de garantías de Belén de Umbría (Rda), al entonces indiciado **JESÚS ÁLVAREZ** la Fiscalía le enrostró cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos “con incapaz de resistir” tipificado en el artículo 210 C.P, cargo que igualmente se endilgó en la audiencia de formulación de acusación celebrada en agosto 28 de 2015. Pero con posterioridad, y en la audiencia de juicio oral, concretamente al momento de los las alegaciones de conclusión, la Fiscalía procedió a variar dicha calificación jurídica a un acceso carnal o acto sexual en “persona puesta en incapacidad de resistir”, tipificado en el artículo 207 C.P.

Ahora, el acceso carnal o actos sexuales abusivos “con incapaz de resistir” se configura cuando se realiza sobre un individuo que ya se encuentra previamente en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o cualquiera otra condición que le oponerse al acto externo que lo perjudica o del cual se aprovecha el sujeto agente; en tanto, en el acceso carnal o acto sexual en “persona puesta en incapacidad de resistir”, el sujeto pasivo de la acción no se encuentra en tal situación en forma precedente, sino que es la actividad llevada a cabo por el ejecutor quien lo ubica en una tal situación desfavorable bien sea física o síquica, con miras a lograr el objetivo reprochable. Eso es totalmente claro y no amerita discusión.

Lo relevante en síntesis, es establecer si en el asunto en ciernes la persona que se dice ofendida se encontraba en realidad, a causa del accionar del acusado, en una situación de inferioridad o de impedimento para no estar en condiciones de oponerse al acto que sobre su cuerpo se estaba realizando.

En ese sentido bien vale la pena resaltar 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 […]”[[1]](#footnote-1) –negrillas y subrayado de la Sala-

De lo anterior se puede colegir: (i) la formulación de la imputación se erige como una especie de condicionamiento fáctico 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; (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* [[2]](#footnote-2),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; y (iii) de 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 10 C.P.P.[[3]](#footnote-3), decida cambiar o modificar los cargos enrostrados al procesado en la imputación, como consecuencia de unos notorios y evidentes yerros en los cuales se haya podido incurrir al momento de la formulación de imputación, que impliquen que esos cargos se encuentren manifiestamente divorciados de la realidad fáctica y probatoria.

Para descender al asunto en concreto, hay lugar a resaltar que si la Fiscalía opta por variar la calificación jurídica y lo hace en los alegatos de conclusión, la nueva adecuación debe guardar identidad con el núcleo básico de la imputación fáctica, y a ese respecto la Corte ha expresado:

“ […] nada de ello se opone a que la Fiscalía bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación–siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, **siempre y cuando** –en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- **la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes**”.[[4]](#footnote-4)

Por tanto, la jurisprudencia ha definido unos lineamientos expresos bajo los cuales, a pesar de las barreras que comportan los principios de congruencia y coherencia con miras a preservar los derechos de defensa y contradicción, es viable variar la calificación jurídica- Y esos límites parten del entendido basilar de respetar la imputación fáctica, al igual que el nuevo delito sobre el cual se pide condena verse sobre el mismo género pero diverso en su especie a aquél formulado en la acusación, aunque de igual o menor entidad con miras a no hacer más gravosos los efectos punitivos al justiciable.

**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 Corporación se ve en el deber de resaltar los siguientes puntos relevantes:

Los derechos sustanciales que supuestamente se verían afectados en el presente asunto 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 caso que se juzga por las razones que a continuación se exponen:

Si se escuchan detenidamente los registros de audio de las audiencias preliminares llevadas a cabo en abril 30 de 2015 luego de que se hiciera efectiva la orden de captura emitida en contra del indiciado, se hallará que la señora fiscal al momento de la correspondiente imputación, le atribuyó al comprometido **JESÚS ÁLVAREZ** los hechos que se desprendían de la narración que hizo la víctima en una entrevista rendida ante el defensor de familia en octubre 10 de 2012, en la cual relató textualmente lo siguiente: “[…] mis papás dijeron que sí que empezara el tratamiento, que empezaba al otro día y que duraba un mes, primero todos los días y luego solo los martes y viernes, las dos primeras veces que fui **me untó unos aceites en el pecho** y ya al tercer día del tratamiento me entró a una pieza con él, mi mamá se quedó afuera en la sala, **él me dijo que me tenía que empelotar, a mí me pareció raro pero yo le hice caso porque él decía que era un remedio, entonces me acostó en una cama y él me empezaba a abrir las piernas y me metía el dedo por la vagina y yo cerraba las piernas y él me las abría, yo le decía que ya no más y él decía que ya íbamos acabar, yo me paraba y el me manoseaba los senos**”.

De lo anterior se desprende que la imputación fáctica expuesta por la señora fiscal y derivada de la documentación que leyó al imputado, era completa y clara en cuanto a que la conducta que realizó el encartado fue con fines eróticos sexuales y no médicos. No obstante esa realidad, la señora fiscal se confundió al hacer la “imputación jurídica”, porque si bien resaltó que la víctima había sido “puesta en incapacidad de resistir”, y soportó su argumentación en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia proferida en julio 27 de 2006, radicado 24955 -en la cual se hace referencia a un caso de un médico que aprovechándose de la confidencialidad y entrega absoluta de confianza con su paciente, transgredió el código penal, en procura de obtener la satisfacción de sus propias necesidades emocionales, inclinaciones sexuales y actos libidinosos-, decidió calificar el hecho como acceso carnal o actos sexuales abusivos “con persona incapaz” -artículo 210 del C.P., cuando incluso advirtió que se trataba de una conducta donde la víctima fue “puesta en incapacidad de resistir” ante la confianza que depositó en una persona que se desempeñaba como curandero y se había comprometido a sanarla de un maleficio.

Nótese que es indudable que lo fáctico tanto de la imputación como de la acusación recayó sobre la conducta delictiva de acceso carnal o acto sexual en “persona puesta en incapacidad de resistir”, por cuanto la condición de inferioridad psíquica así lo ameritaba, máxime cuando la misma víctima señaló: “le hice caso porque era un remedio”, convencimiento errado al que llegó porque su propia mamá le decía que eso era normal y hacía parte del tratamiento. Se insiste entonces en que no obstante que el señor defensor manifestó que no compartía los términos de la imputación, no se atrevió a señalar en qué consistía su inconformidad, y ello se debe a que en realidad el asunto desde el punto de vista fáctico era absolutamente claro e incontrovertible.

Es absolutamente comprensible en este caso tan singular, la dificultad que se presentaba para elegir la correcta adecuación típica de los hechos investigados, porque si bien el convencimiento de la adolescente acerca de que nada malo iba a pasar y tenía que dejarse tocar del curandero tuvo su origen desde luego en el accionar del hoy acusado quien promovió intencionalmente tal situación, tal proceder contó con la previa intermediación ingenua e inocente de los padres, quienes sin proponérselo propiciaron que esa situación anómala se diera porque la niña llegó condicionada mentalmente en el sentido que se tenía que dejar realizar ese procedimiento. Así que definirse con respecto a si el estado de indefensión síquica en que se encontraba era previo o fue posterior, depende esencialmente del prisma desde donde se mire.

Sea como fuere, de todas formas se puede afirmar sin temor a equivocarnos, que todos los datos fácticos de la investigación se sabían y se le pusieron de presente al imputado en su debido momento. Y lo que correspondía, según lo ordena no solo la ley sino por la Carta Política, era hacer una adecuación jurídica acorde con esa imputación fáctica.

Lo dicho 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**” –negrillas excluidas-

Siendo así como en efecto lo es, lo jurídicamente procedente no es decretar una nulidad o absolver con fundamento en que hubo una equivocación única y exclusivamente en la imputación jurídica, que si bien pudo haber sido advertida por el señor defensor cuando en la audiencia de formulación de imputación señaló que no estaba de acuerdo con los términos de esa imputación, tampoco indicó cuál era el yerro que había cometido la representante de la Fiscalía. Y es que bajo la anterior regla jurisprudencial puede distinguirse que los hechos calificados como acceso carnal o acto sexual abusivos “con incapaz de resistir”, siempre fueron los mismos tanto en la imputación como en la acusación, y el núcleo esencial fáctico no fue alterado.

En síntesis, al no haber 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 no solo la punibilidad en ambos tipos penales es exactamente la misma, sino que, entre otras cosas como es sabido, 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; luego entonces, 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, radica en exponer que en el proceso no se acreditó plenamente la ocurrencia de estos acontecimientos, es decir que los mismos se efectuaran para satisfacer los apetitos sexuales, cuando la actividad que desarrollaba su prohijado era propiamente de medicina alternativa.

Frente a lo anterior, la Sala dirá que no pueden ser de recibo los reproches formulados por el apelante para cuestionar la real ocurrencia de estos episodios abusivos, bajo el entendido que se trató de simples y meras especulaciones carentes de respaldo probatorio, toda vez que quedó plenamente acreditado con los testimonios de cargo aportados por la Fiscalía, que la víctima visitó en varias oportunidades la vivienda del señor **JESÚS ÁLVAREZ;** y si bien ningún testimonio observó lo que sucedía en la habitación, la víctima si es contundente en su declaración al afirmar cómo se desarrollaron los hechos y la existencia de motivos libidinosos o de placer sexual que animaron la actividad del procesado.

Existe claridad respecto a que la adolescente acudió ante el curandero por recomendación expresa de sus padres, como quiera que éste ofrecía los servicios médicos porque presentaba fuertes dolores de estómago, situación que incluso es ratificada con los testimonios de la defensa, concretamente los señores ÓSCAR EDISON RIVERA BERMÚDEZ y JOSÉ ARIEL ALZATE HERNÁNDEZ, cuando señalan que la menor si frecuentó el lugar. Y aunque los testigos no observaron lo que sucedía en la habitación donde el acusado acostumbra realizar su trabajo, si son medios de prueba indirectos en los cuales se encuentra respaldo de la versión de la víctima, en cuanto el señor JOSÉ ARIEL -yerno del acusado- en la declaración señala que sí vio a la menor en la vivienda y que la habitación donde fue atendida se encontraba con la puerta entreabierta, para posteriormente ver salir a la menor del domicilio. Pero es de entenderse que el señor **JESÚS ÁLVAREZ** realizaba las consultas a puerta cerrada, porque incluso la mamá de la afectada siempre esperaba a su hija fuera de la habitación.

En esos términos, son veraces los deponentes en afirmar que el aquí procesado efectivamente ejercía la actividad como curandero en una Verada de municipio de Mistrató (Rda.), pero además que en varias oportunidades recibió en su casa a la menor Y.M.Y.R. con el fin de emplear su destreza como yerbatero. Por su parte, la víctima también fue veraz al dar a conocer que **en un principio creyó que los hechos con fines libidinosos o de placer sexual que realizó el acusado eran para sanar su malestar estomacal, lo que traduce en su caso singular una incapacidad síquica de comprender lo que realmente sucedía.**

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

El señor defensor en sus argumentos señaló que no se pudo demostrar por parte del ente persecutor que en realidad la víctima fue “puesta en incapacidad de resistir por parte de su prohijado” y que los actos cometidos fueron con ocasión a un impulso sexual; sin embargo, 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 **JESÚS ÁLVAREZ**, de todo lo cual no cabe la menor duda, porque: (i) la menor así lo aseguró; (ii) en la habitación donde el acusado acostumbraba realizar su actividad como curandero solo estaban ellos dos; (iii) hasta la vivienda donde el señor **ÁLVAREZ** tenía su consultorio era acompañada la menor por sus familiares; y, finalmente (iv) como lo dio a conocer el psicólogo forense, las versiones que ofreció la adolescente en relación con los hechos materia de investigación fueron lógicas y coherentes.

Y es que en el presente asunto se le debe creer a la menor, no solo por su condición de tal, sino porque en su declaración en audiencia siempre fue afín con lo que narró desde un principio ante la Defensora de Familia y ante los forenses en psicología y sexología. No existe ningún indicio que demuestre por parte de la menor algún tipo de resentimiento, enemista u odio que le reste credibilidad a sus manifestaciones.

Se puede indicar que tanto en la entrevista ante la defensora de familia como en las declaraciones ante los forenses, la niña 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: “UNA VEZ ME AGARRARON UNOS CÓLICOS… MI MAMÁ ME LLEVÓ DONDE UN MEDIQUILLO...EL MEDIQUILLO ME DIJO QUE EL TRATAMIENTO DURABA POR UN MES, YO IBA LOS MARTES Y LOS VIERNES, LA PRIMERA VEZ QUE FUI ME DIJO QUE ME EMPELOTARA, ME ACOSTÉ, ME ECHÓ RON CON RUDA, ME ACOSTÉ, ME PARECIÓ RARO QUE ME DIJERA QUE ME EMPELOTARA, LE HICE CASO PORQUE ERA UN REMEDIO, AL MARTE VOLVÍ, ÉL EMPEZÓ A TOCARME LOS SENOS, LA VAGINA, ME EMPEZÓ A METENER EL DEDO POR LA VAGINA, EL EMPEZÓ A ECHARSE UN ACEITICO EN EL DEDO Y SACARLO, A MI SE ME HIZO MUY RARO, YO CERRABA LAS PIERNAS, ÉL ME DECIA QUE YA IBA A ACABAR, YO LLEGUÉ A MI CASA Y ME SENTIA MUY FASTIDIOSA, ME MIRÉ LOS CALZONES Y TENÍA SANGRE”.

Queda claro que lo narrado por la víctima desde los inicios del proceso no ha presentado ningún tipo de alteración, de ahí que el mismo perito en psicología forense haya concluido que las versiones de la adolescente Y.M.Y.R en relación con los hechos que se investigan eran lógicos y coherentes.

Recuérdese que en el contexto propio de los delitos sexuales contra menores de edad, la Corte Suprema ha señalado que se admite la denominada *corroboración periférica* frente al relato de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos. Y en ese sentido se tiene que los testigos fueron igualmente claros en sus declaraciones, porque el señor URIEL ANTONIO YARCE LÓPEZ dijo que se enteró de lo sucedido por intermedio de su cuñada y que su hija igualmente se lo contó, a cuyo efecto aclara que a la menor la llevó a dicho lugar por la buena reputación del señor **JESÚS ÁLVAREZ** como curandero. Y en igual sentido la madre de la menor, la señora LUZ DARY RIVERA GÓMEZ, puso de presente que su hija le había contado los vejámenes que realizaba el procesado, pero ella confió en que se trataba del trabajo médico que se comprometió a realizar el señor **ÁLVAREZ**.

El relato de la víctima se corrobora también con el testimonio de la señora DOLLY RIVERA GÓMEZ –tía de la víctima- cuando señaló que la menor le contó lo sucedido y le dijo que su mamá no le había creído porque predicaba que el señor **JESÚS ÁLVAREZ** se encontraba realizando su labor como médico naturista.

Obsérvese que la mamá reconoce que su hija sí se atrevió a contarle, pero lamentablemente en su condición de madre fue insistente en que debía continuar el tratamiento con el acusado para poderse curar, situación que sin duda alguna dejó a su hija en una situación difícil porque a raíz de las maniobras engañosas del curandero quien les inculcó la necesidad de llevar a cabo esos actos en pro de la salud de la hija, creó un entramado complejo con respecto de lo cual esta no podía oponerse ya que se entendía que se hacían para favorecerla, cuando en realidad se programaron para aprovechar el episodio con un fin diferente al margen de la ley. Se extracta entonces la inferioridad psíquica de comprensión en la que fue ubicada la niña que le impedían entender lo que realmente se estaba realizando sobre su cuerpo, y precisamente tal situación no le permitió constatar el abuso y a raíz de ello tuvo que dar su consentimiento viciado sobre los mismos.

Es que incluso, los testigos de la defensa ratificaron que la víctima visitó al acusado en su vivienda con el fin de que él realizara un tratamiento para el dolor de estómago que presentaba. Y el señor ÓSCAR EDISON RIVERA BERMÚDEZ –primo de la víctima- fue claro en señalar que él acompañó por primera vez a la menor a la vivienda del señor **ÁLVAREZ** como quiera que aquél realizaba sanaciones y lo conocían en la Vereda por dedicarse con éxito a estas prácticas con hierbas.

El señor defensor discute que la víctima ya tenía una actividad sexual previa a los hechos por los cuales fue vinculado en este proceso, como queriéndose indicar que si así fue entonces lo ocurrido pierde toda connotación delictual, cuando obviamente eso no es así, porque el aprovechamiento de estas circunstancias por parte del curandero no se torna delictual porque se haya asegurado que ella sea casta y aún conservara su doncellez que se la hizo perder el yerbatero, sino porque en las circunstancias particulares en las que la adolescente se encontraba le impedían comprender si lo que estaba pasando era en verdad un abuso sexual al cual tuviera que oponerse.

De igual modo el letrado señala que no se acreditó que la víctima “fue puesta en incapacidad de resistir”, toda vez que con las pruebas allegadas al juicio no se pudo establecer si el ungüento que utilizó el acusado provocaba algún tipo de sedación. Y eso es cierto, pero debe decirse que la condición de irresistibilidad en el caso concreto no radica en una puesta en inferioridad física sino SÍQUICA, como que -se repite- el señor **JESÚS ÁLVAREZ** utilizó su condición de curandero para crear una escena ficticia por medio de la cual sometió a la niña, incluso con el patrocinio ingenuo de los padres, a sus instintos carnales.

Nótese que en la declaración ante el psicólogo forense –informe que fue estipulado- la víctima narró: “[…] me dijo que mi suegra me había dado un sudado y me había echado una cosa, no me dijo que, que una carne molida, babas de sapo, y que eso era lo que me había inflado y me había puesto gorda […] La primera vez que fui me dijo que me empelotara, le hice caso porque era un remedio […]”. Es evidente que la menor siempre acudió ante el señor **ÁLVAREZ** con el pleno convencimiento que lo que él realizaba era para sanar el malestar que presentaba; no obstante, tuvieron que pasar varias sesiones para que la víctima terminara entendiendo que el acusado no estaba realizando ninguna curación, sino por el contrario unos actos de contenido erótico que vulneraban su integridad sexual.

- 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:

“[…] 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[[5]](#footnote-5) de necesaria consulta en el derecho interno, según lo ha precisado la Corte Constitucional y esta Sala en otras oportunidades[[6]](#footnote-6)[…][[7]](#footnote-7) –negrillas excluidas-

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 acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, ante la condición de inferioridad psíquica que tenía la víctima frente a las actividades que desarrollaba el acusado.

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 Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría (Rda.) en contra del señor **JESÚS MARÍA AUGUSTO ÁLVAREZ SÁNCHEZ**.

**SEGUNDO:** 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

El Secretario de la Sala,

WILSON FREDY LÓPEZ

1. CSJ, SP 08 julio 2009, rad. 31280 [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. 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-3)
4. CSJ, SP 07 de julio 2007, rad. 26468. [↑](#footnote-ref-4)
5. 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-5)
6. Confrontar tutelas T554 de 2003 y T458 de 2007. También Casación 29053 de esta Sala, sentencia de 5 de noviembre de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
7. CSJ, octubre 31 de 2012, radicado 34494 [↑](#footnote-ref-7)