

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Aprobado mediante acta # 803 de diciembre 3/2015 H: 9:00 a.m.

Pereira, cuatro (04) de diciembre de dos mil quince (2.015).
Hora: 8:13 a.m.

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA

Delito: Acceso carnal abusivo en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de catorce años

Rad. # 660016000035201100874

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el representante del Ministerio Público en contra de sentencia absolutoria.

Decisión: Confirma fallo confutado

VISTOS:

Procede la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar los recursos de apelación interpuestos tanto por la Fiscalía General de la Nación, por intermedio de la Fiscalía 30 Seccional de Santa Rosa de Cabal, la Defensa y el representante del Ministerio Público, en contra de la sentencia proferida en las calendas del 22 de febrero del 2.011 por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro del proceso seguido en contra de **FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA**, quien fue acusado de incurrir en la comisión de los delitos de actos sexuales con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

ANTECEDENTES:

Del contenido de la actuación procesal, se desprende que los hechos que dieron génesis a la misma tuvieron ocurrencia en el municipio de Santa Rosa de Cabal en la madrugada del cuatro (4) de julio de 2011,

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

calendas en las cuales la señora ALBA LUCÍA MARÍN (progenitora de la menor AMAM) y su hija MARÍA ALEJANDRA ARCILA MARÍN (Esposa del encausado), deciden salir de fiesta, dejando a la menor "A.M.A.M" al cuidado del señor FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA en el lugar de residencia que compartían.

Siendo aproximadamente la una (1) de la mañana, el señor RIVERA GAVIRIA llamó a la menor para enseñarle imágenes pornográficas en un computador, lo que al parecer no fue del agrado de la ahora agraviada, quien regresó hacia su habitación, lugar en el cual fue abordada por FABIÁN DARÍO RIVERA, quien después de desvestirse y solo quedar en interiores, procedió a desnudar a la joven, para luego montarse encima de ella y someterla a unos besuqueos, manoseos en sus partes pudendas y realizar en ella una serie de movimientos lúbricos.

La actividad lujuriosa desplegada por el Sr. RIVERA GAVIRIA cesó, a partir del momento en el que la joven le expresó que sentía mucho dolor y que estaba sangrando en atención a que al parecer le había llegado el periodo menstrual.

Al día siguiente la menor relató a su hermana lo acontecido con el Sr. RIVERA GAVIRIA, e igualmente le dijo que no era la primera vez que eso pasaba, ya que el año anterior le acarició e introdujo los dedos en la vagina.

LA ACTUACIÓN PROCESAL:

Por los hechos narrados anteriormente la Fiscalía General de la Nación solicitó expedir orden de captura en contra del señor FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA.

Las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento se efectuaron ante el Juzgado Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Santa Rosa de Cabal, el día 18 de agosto del 2.011, en las cuales al entonces indiciado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

abusivo con menor de catorce años (Art. 208 C.P.) en concurso heterogéneo con la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años (Art. 209 C.P.) imponiéndosele además la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

En las calendas del 28 de septiembre del 2.011, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del acriminado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en donde se celebró la audiencia de formulación de la acusación el día 10 de octubre del 2.011, en la cual al Procesado se le enrostraron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (Art. 208 C.P.) en concurso heterogéneo con la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años (Art. 209 C.P.)

La audiencia preparatoria se efectuó el 24 de octubre del 2.011, mientras que la audiencia de juicio oral se llevó a cabo el 14 de febrero de 2012, y una vez finalizada se anunció sentido del fallo de carácter condenatorio.

EL 22 de febrero de 2012 se dictó sentencia condenatoria al hallar penalmente responsable al señor Fabián Darío Rivera Gaviria del delito de actos sexuales con menor de catorce años en contra de la menor **A.M.A.M** por los hechos ocurridos en la madrugada del 4 de julio de 2011 y lo absolvió por los presuntos actos sexuales con menor de catorce años acaecidos en el año 2010, sentencia contra la cual se alzaron la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del 12 de febrero del 2.011 por parte del Juzgado Único Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, dentro de la causa seguida en contra de FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA, de quien se declaró la responsabilidad criminal por la comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años, según hechos que tuvieron ocurrencia en la madrugada del 4 de julio

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

de 2011, a pesar de haber sido acusado por esos mismos hechos por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, y absuelto por el delito de actos sexuales con menor de catorce años según hechos perpetrados en el año 2010.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad penal, al Procesado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA se le impuso la sanción de 108 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo sin concesión de subrogado penal alguno.

Los fundamentos de hecho y derecho invocados en el fallo confutado para condenar al acriminado RIVERA GAVIRIA por el delito de actos sexuales con menor de catorce años por hechos acaecido en la madrugada del 4 de julio de 2011, inicialmente parten de la premisa consistente en que en la investigación estaba plenamente acreditado que en efecto el sentenciado era la persona que estaba a cargo del cuidado y protección de la menor de 12 años, pues su progenitora y hermana la noche del 3 de julio de 2011 habían salido a una fiesta.

Igualmente en el fallo confutado se adujo, con base en la versión de la ofendida, que a eso de la una de la madrugada (del 4 de julio), el acusado invitó a la víctima al lugar donde se encontraba un computador y le enseñó videos obscenos y cuando la agraviada decidió regresar a su habitación, el Procesado salió tras ella, se quitó la ropa y posteriormente la despojó de su pijama, para luego empezar a tocarla, se le subió encima y cogiéndola de la cintura hizo movimientos bruscos sobre ella causándole un fuerte dolor en un "huesito que se encuentra fuera de la vagina", siendo enfática la agraviada en referir que ese día no la penetraron, sino que la sobó con el pene en sus partes íntimas. De igual forma se tiene establecido que la ofendida "**A.M.A.M**" empezó a sangrar, por lo que el enjuiciado se bajó y la menor salió corriendo a ducharse y se colocó una toalla higiénica porque al parecer había empezado su ciclo menstrual.

Lo anterior, se extrae del relato hecho por la menor víctima en audiencia de juicio oral confrontado con su historia clínica donde se concluyó que presentaba un ERITEMA VULVAR (inflamación superficial de la piel, para este caso, de la vulva), y sirvió de fundamento para

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

que la Jueza de primer nivel coligiera que en el presente asunto no se estaba en presencia de un acceso carnal abusivo con menor de catorce años sino frente a unos actos sexuales con menor de catorce años, razón por la que al momento de proferir el fallo de condena procedió a degradar hacia este último reato la conducta por la cual fue llamado a juicio el señor FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA.

Ahora, frente a los hechos que tuvieron ocurrencia en el año 2010, por los cuales se absolvió al encartado, dicha decisión tuvo su sustento en que en la audiencia de juicio oral la menor manifestó que no habían ocurrido hechos similares a estos con anterioridad, sin embargo en entrevista que se le puso de presente rendida por ella misma, se dio lectura a un aparte donde asegura que en una oportunidad FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA le había penetrado los dedos en la vagina, no obstante, arguye la A quo, que la Fiscalía sin preocuparse por establecer circunstancias de tiempo, modo o lugar en el que ocurrió el supuesto hecho, lo acusó por actos sexuales con menor de catorce años y no por acceso carnal abusivo con menor de catorce años como hubo de ser, motivo por el cual la Jueza de primer nivel fue de la opinión que no se podía condenar por ese delito, pues con ello violaría el principio de congruencia ya que el delito de acceso carnal es de mayor entidad punitiva.

LAS ALZADAS:

- El recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público:

Las razones por las cuales el recurrente discrepa del contenido de la sentencia confutada, se deben a que en su opinión en el proceso existían suficientes elementos probatorios de juicio para edificar en contra del procesado un fallo de tipo condenatorio por los hechos acaecidos en el año 2010, considerando que la menor en ese año sí fue víctima de una agresión sexual. Hace referencia a la entrevista rendida por la menor donde narra que para el 2011 no era la primera vez que un hecho de esos sucedía ya que en el año anterior el señor FABIÁN DARÍO al parecer le introdujo los dedos en la vagina y, que por el solo hecho de que la Fiscalía no lo haya acusado por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años deba dejarse ese hecho en la impunidad.

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

Advierte que al Ente Acusador no se le puede obligar a llevar a juicio a una persona si no cuenta con los elementos suficientes para sustentar su teoría como sucedió en el presente evento, que no tenía la certeza más allá de toda duda para obtener una sentencia condenatoria por el delito de acceso carnal, motivo por el cual acusó por actos sexuales con menor de catorce años; arguye que de condenarse por este delito no se vulneraría el principio de congruencia ya que el concurso homogéneo de actos sexuales resultó probado y que diferente sería si se hubiese acusado por actos sexuales y se condenará por acceso carnal ya que esa conducta es de mayor gravedad.

Con fundamento en los anteriores argumentos, el recurrente solicita la revocatoria de la sentencia impugnada y en su lugar la declaratoria de responsabilidad criminal del encausado, con relación a los hechos acaecidos en el año 2010.

Respecto a los hechos ocurridos en el 2011, indica que en su momento solicitó la absolución por no haberse probado el acceso carnal sobre la menor, sin embargo como se trata el mismo bien jurídico protegido por la ley penal considera procedente la sentencia condenatoria impuesta sobre el señor RIVERA GAVIRIA por no afectar el principio de congruencia, motivo por el cual depreca se confirme la decisión tomada por la A quo por los hechos relativos a esa calenda.

- El recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía:

La tesis de la discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada, consiste en proponer que la *A quo* no apreció en debida forma las pruebas habidas en el proceso al no tener en cuenta que buscan la máxima aproximación al conocimiento de los hechos para aceptar como verdadera una hipótesis, desconociendo además la probabilidad prevaeciente, sana crítica y reglas de la experiencia por haberse fundamentado en el sistema de la íntima convicción contrariando el derecho de prueba.

Considera que sí existió acceso carnal para la época del 2011, pues la menor presentaba dolor vaginal, seguido de sangrado, desgarró himeneal (a las 3 según manecillas del reloj) y que todo ello fue

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

posterior a que el agresor desnudo hiciera movimientos obscenos sobre ella y ésta empezara a sangrar sin tener la menstruación. Añade que la menor en consulta médica no refiere accidentes o haber introducido elementos en su vagina que pudieran dar origen al desgarramiento himeneal presentado, para que la jueza de primera instancia concluyera que pudo haberse presentado entre otras cosas, por una caída.

Señala que la duda probatoria no es un regalo sino una consecuencia que se aplica cuando la Fiscalía tuvo una insuficiente carga probatoria, lo que no aplica en el presente evento, que para que se configure el delito de acceso carnal se exige la penetración física de un órgano sin que sea necesaria la plenitud fisiológica del acto, posesión de la víctima o eyaculación, resalta que la víctima por resistirse al acceso no puede establecer con claridad si fue penetrada o no pues estuvo luchando para liberarse. Por lo anterior solicita se revoque la sentencia condenatoria por actos sexuales en menor de catorce años y en su lugar se condene al señor FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Ahora, frente a los hechos originados en el año 2010, sostiene que en entrevista dada por la menor ante el ICBF manifestó que el enjuiciado en vacaciones (sin saber exactamente la fecha) había tenido problemas con su mamá y su hermana porque la había besado, tocado e introducido los dedos en la vagina y que en esa oportunidad esos eventos no fueron denunciados. Expone la recurrente que si bien es cierto que la menor negó en juicio la ocurrencia de esos hechos, tal situación fue enmendada cuando, para refrescar memoria, se le puso de presente la entrevista, de la cual admitió que esos hechos si eran ciertos.

Finalmente indica que la Fiscalía no contaba con otros elementos materiales probatorios que le permitieran sustentar un acceso carnal, por lo que decidió acusar por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, atendiendo principios como in dubio pro reo y presunción de inocencia sin dejar esos hechos en la impunidad.

Con base en los anteriores argumentos, la Fiscal Delegada recurrente solicita la revocatoria de la sentencia impugnada para que de esa

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

forma sea declarada la responsabilidad penal del encausado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

- El recurso de apelación interpuesto por la Defensa:

Las razones por las cuales el abogado defensor se aparta de la sentencia, consisten en que no se probó con certeza la ocurrencia de los hechos ya que de la prueba testimonial solo se desprende que existieron caricias pero nunca una penetración, manifiesta que si la jueza A quo absolvió a su representado por no haberse demostrado el acceso carnal abusivo y esa era la acusación principal, en aras de salvaguardar el principio de congruencia debió también absolverlo por las demás acusaciones con pobreza absoluta probatoria, aplicando de paso la teoría de que lo accesorio corre la suerte de lo principal, máxime cuando la declaración rendida por la menor no fue clara para edificar una sentencia condenatoria.

Señala que en la historia clínica de la menor se hizo referencia a un sangrado pero atribuido a su ciclo menstrual y que el informe del médico tratante no precisó si existieron huellas que pertenecieran al enjuiciado así como tampoco se demostró si fue penetrada o no. Frente a los hechos relacionados para el 2010 se muestra conforme con la decisión del A quo.

En atención a esas manifestaciones, el señor Defensor solicita la revocatoria de la sentencia impugnada y se ordene la libertad inmediata del señor FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, la Sala Penal de Decisión del Tribunal

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

Superior de este Distrito Judicial, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

Asimismo no se avizora la ocurrencia de cualquier tipo de irregularidad procesal que pueda incidir en la declaratoria de nulidad de la actuación.

- PROBLEMAS JURÍDICOS:

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura por parte de los apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

- 1) ¿Tuvo ocurrencia una vulneración del principio de congruencia, a partir del momento en el que la A quo decidió declarar la responsabilidad criminal del Procesado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA por un delito diferente de aquel por el cual fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador por los hechos ocurridos en la madrugada del 4 de julio del 2011?
- 2) ¿Incurrió la Jueza A quo en algún tipo de error al momento de la apreciación del acervo probatorio, lo cual le impidió darse cuenta que las pruebas habidas en el proceso sí lograban demostrar que la conducta punible enrostrada en contra del Procesado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA, según los hechos acaecidos en la madrugada del 4 de julio de 2011, sí se adecuaba típicamente en la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y no en la del reato de actos sexuales con menor de catorce años?
- 3) ¿Incurrió la jueza A quo en errores en la apreciación del acervo probatorio al absolver a FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA por los hechos ocurridos en el año 2010, donde la Fiscalía lo acusó como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años?

- SOLUCIÓN:

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

Teniendo en cuenta la naturaleza de los problemas jurídicos que la Sala ha inferido del contenido de las alzas, consideramos pertinente, en aplicación del principio de prelación, resolver inicialmente todo aquello relacionado con la probable violación del principio de congruencia, en atención a que una eventual conculcación de dicho principio rector podría generar un socavamiento de las bases estructurales del debido proceso, mácula esta que solamente podría ser enmendada mediante la declaratoria de nulidad de la actuación procesal.

Luego, una vez superada las medidas de saneamiento de la actuación procesal, en caso de no ser procedente la declaratoria de nulidad, la Sala procederá a avocar el conocimiento de los demás problemas jurídicos, los cuales tiene relación con una serie de presuntos yerros, denunciados por los apelantes, en los que supuestamente incurrió la Jueza de primer nivel al momento de la apreciación del acervo probatorio.

1º) EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA:

La congruencia es uno de los principios que rigen al proceso penal, el cual hace parte integrante de ese cúmulo de garantías conocido por el artículo 29 de la Carta como Debido Proceso. Dicho principio pregona la existencia de una especie de armonía, consonancia o correspondencia que debe haber entre la sentencia y los cargos proferidos o endilgados en la acusación. Es de resaltar que acorde con el contenido del artículo 448 C.P.P. dicha correlación que ha de existir entre esos dos actos procesales debe presentarse dentro un contexto personal, factico y jurídico, del cual, como bien lo exponremos más adelante, solo el jurídico admite cierta ductilidad.

Sobre este principio y sus características, la Corte ha expuesto lo siguiente:

"Esa norma, como de antaño lo ha sostenido la Corte, se refiere a la correspondencia personal (el acusado), fáctica (hechos) y jurídica (delitos), que debe existir entre la acusación y la sentencia; conformidad que, referida al debido proceso y a la garantía de defensa, se ajusta al principio de congruencia e implica que los jueces no pueden desconocer la acusación, pues se trata de

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

un proceso adversarial que involucra, de un lado, al ente investigador y, del otro, al procesado y su defensor, en una relación contenciosa en cuyo desarrollo se debe materializar la igualdad de armas, e impone la necesidad de hacer valer en toda su extensión el principio de imparcialidad.

Es así, porque con la formulación de acusación se materializa la pretensión punitiva del Estado y, por consiguiente, se fijan los límites -fáctico y jurídico- dentro de los que puede desarrollarse la correspondiente acción, que se reflejan esencialmente en el principio de congruencia, mismo que procura la salvaguarda del derecho de defensa, evitando que al procesado se le sorprenda con una sentencia ajena a los cargos formulados de los cuales, por supuesto, no se defendió..."¹.

De lo expuesto se puede colegir que como consecuencia del principio de congruencia, la acusación, en sus ámbitos fácticos, jurídicos y personal, tendría un carácter vinculante para el Juzgador de instancia, por lo que se presentaría una vulneración de dicho principio cuando:

- a) el Juez de la Causa profiere una sentencia condenatoria que riñe o se encuentra manifiestamente divorciada de los hechos o de la calificación jurídica dada a los mismos en la acusación, o su equivalente, impetrada por parte de la Fiscalía General de la Nación;
- b) se desconozcan o ignoren específicas circunstancias de atenuación o de agravación punitivas que fueron consignadas en el pliego de cargos, o por el contrario se pregonen agravantes o atenuantes no enunciados en la acusación.

En tal sentido, la Corte ha expuesto lo siguiente:

"Por ello, el juzgador al construir el correspondiente juicio de derecho puede llegar a transgredir el principio de congruencia, por acción o por omisión, ocurriendo en los siguientes eventos:

1. Por acción:

a) Cuando se condena por hechos o por delitos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación, de acusación, según el caso, o por otros que no fueron objeto de acuerdo entre la Fiscalía y el acusado.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del veinticuatro (24) de junio de 2015. Proceso # 41685. SP8034-2015. M.P. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ.

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

b) Cuando se condena por un delito por el cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídicamente en el acto de formulación de imputación, de la acusación, según el evento, o en el acuerdo celebrado entre la Fiscalía y el procesado.

c) Cuando se condena por delito atribuido en la audiencia de formulación de imputación, en la acusación, o el acordado entre la Fiscalía y el procesado, según el caso, pero se deduce, además, circunstancia, genérica o específica, de mayor punibilidad.

2. Por omisión:

Cuando en la sentencia se suprime una circunstancia, genérica o específica, de menor punibilidad que fue reconocida en las audiencias de formulación de la imputación o de la acusación, según el caso, o que había sido acordada entre el Fiscal y el procesado...².

Es de anotar que a pesar del carácter vinculante que destaca al escrito de acusación, el mismo no detenta la condición de ser absoluto o pétreo, porque existe una hipótesis de maleabilidad en cuya virtud el Juez del conocimiento válidamente puede apartarse de la calificación jurídica dada a los hechos por parte de la Fiscalía en el escrito de acusación, lo que lo habilitaría para proferir una sentencia condenatoria por un delito diferente de aquel consignado en la acusación.

La hipótesis de la que hacemos mención, es producto de una línea jurisprudencial trazada por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³, en la cual se llegó a la conclusión consistente en que la Judicatura puede proferir una sentencia condenatoria por la comisión de un delito diferente de aquel consagrado en el escrito de acusación, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos:

1) Que la Fiscalía así lo solicite de manera expresa en el devenir del juicio.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del treinta (30) de mayo de 2007. Proceso # 26588. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

³ Ver entre otras: Sentencia del veintisiete (27) de julio de 2007. Rad. # 26468. M.P. ALFREDO GOMEZ QUINTERO; Sentencia del tres (3) de junio de 2009. Rad. # 28649. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS; Sentencia del veintiocho (28) de octubre de 2.009. Rad. # 32192. M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ.

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

- 2) Que la nueva imputación deba versar sobre un delito del mismo género.
- 3) El cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad.
- 4) La tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación.
- 5) No se deben afectar los derechos de los sujetos intervinientes.

Pero es de destacar que posteriormente, dicha línea jurisprudencial, la cual según los requisitos exigidos para hacerle el esquinco al principio de congruencia, se podría catalogar como flexible para el Fiscal pero rigurosa para el Juez, quien estaba maniatado a los designios del Ente Acusador, pues era el único quien podía solicitar la variación de la calificación jurídica, a partir de la sentencia del **dieciséis (16) de marzo del 2011. Rad. # 32685**, fue modulada en lo que atañe con su maleabilidad, la cual se hizo extensiva hacia el Juez del Conocimiento, a quien se le reconocieron facultades oficiosas para variar en el fallo la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación sin necesidad de estar atado a los deseos de la Fiscalía.

En dicha sentencia de Casación, bien vale la pena resaltar que la Corte expuso lo siguiente:

*"Si bien en el precedente citado por el defensor de NELSON ENRIQUE GALVIS ROJAS, {Se refiere a la Sentencia del veintisiete (27) de julio de 2007. Rad. # 26468}, la Corte consideró que en la sistemática prevista en la ley 906 de 2004 el juez puede condenar al acusado por un delito distinto al formulado en la acusación, siempre y cuando (i) el ente acusador así lo solicite de manera expresa, (ii) la nueva imputación verse sobre una conducta punible del mismo género, (iii) la modificación se debe orientar hacia un delito de menor entidad, (iv) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y (v) no se debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes, **aquella primera exigencia merece ser modificada en el sentido que los jueces de instancia se pueden apartar de la imputación jurídica formulada por la fiscalía hacia una degradada, siempre y cuando la conducta delictiva que se estructura en esta etapa procesal no obstante constituir una especie distinta a la prevista en la acusación, esté***

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

comprendida dentro del mismo género, comparta el núcleo fáctico y la nueva atribución soportada en los medios de prueba sea más favorable a los intereses del procesado.....⁴.

Por lo tanto, reiteramos, acorde con esa nueva línea de pensamiento jurisprudencial, los Jueces de Conocimiento válidamente y de manera autónoma pueden proferir una sentencia de condena por un reato diferente de aquel consignado en la acusación, sin que con ello incurran en una vulneración del principio de congruencia, siempre y cuando ***se trate de un delito del mismo género y de menor entidad punitiva, y que los hechos constitutivos de esa nueva denominación delictiva sean respetuosos del núcleo fáctico contenido en la acusación.***

Al aplicar el anterior marco conceptual al caso en estudio, observa la Sala que, desde su ámbito más riguroso, inicialmente podría hablarse de una vulneración al principio de congruencia, porque en efecto la A quo profirió una sentencia condenatoria por una modalidad delictiva diferente de aquella por la cual el Ente Acusador llamó a juicio al Procesado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA, si partimos de la base que la Fiscalía acusó al procesado de marras de incurrir con su actuar en la madrugada del 4 de julio del 2011 en la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y al finalizar el juicio pidió condena por dicho reato; mientras que la Jueza de primer nivel al momento de proferir la sentencia, fue del criterio que el acriminado incurrió con su actuar en la comisión del delito de actos sexuales con menor de catorce años, por el cual procedió a pregonar conforme a ello la responsabilidad penal del encartado.

Ahora, a pesar de tal divorcio habido entre lo pedido por la Fiscalía en la acusación y en la solicitud de condena y lo decidido por el A quo en el fallo confutado, el punto a determinar es si acorde con la teoría que pregona la laxitud o la maleabilidad del principio de congruencia, en el presente asunto se cumplía o no con los requisitos jurisprudenciales que avalaban para que la judicatura pudiera proferir una sentencia

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de marzo dieciséis (16) de dos mil once (2011). Proceso # 32685. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. (Negritas fuera del texto).

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

condenatoria respecto de una hipótesis delictiva diferente de aquella deprecada por parte del Ente Acusador.

Antes que todo, bien vale la pena recordar que los requisitos jurisprudenciales para que el Juez en el fallo pueda variar la calificación jurídica sin infringir el principio de congruencia, son los siguientes: **a) El nuevo delito debe ser del mismo género del reato subrogado; b) La nueva calificación jurídica debe ser de menor entidad punitiva; c) La variación de la calificación jurídica deber ser respetuosa del núcleo fáctico de la acusación.**

Con base en lo anterior, observa la Sala que en lo que atañe con el cumplimiento de los dos primeros requisitos arriba aludidos, no existe duda alguna que los reatos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años hacen parte del mismo género delictivo, tanto es así que se encuentran dentro del mismo capítulo, en atención a que ambos amparan el interés jurídico de la Libertad, integridad y formación sexuales. De igual forma, está más que claro que el delito de actos sexuales con menor de catorce años su punibilidad es mucho más benigna que la del acceso carnal abusivo con menor de catorce años, si tenemos en cuenta que mientras que el acceso carnal abusivo con menor de catorce años {artículo 208 C.P.}, es sancionado con una pena que oscila entre 12 a 20 años de prisión; a su vez los actos sexuales con menor de catorce años {artículo 209 C.P.}, es reprimido con una pena de 9 a 13 años de prisión.

En lo que tiene que ver con el tercero de los enunciados requisitos, reiteramos, el consistente en que la nueva calificación jurídica se debe acompasar o estar en coherencia con el núcleo factico de la acusación, tenemos que las premisas fácticas con las cuales se edificó la acusación y la petición de condena deprecada por la Fiscalía, se erigieron en el presupuesto consistente en que en horas de la madrugada del cuatro de julio de 2011, el Procesado RIVERA GAVIRIA se aprovechó de la ocasión en la que se encontraba a solas con la joven "A.M.A.M" para accederla carnalmente y de esa forma sostener relaciones carnales intimas con ella supuestamente de manera consensuada, pero al parecer no logró *consumar* el coito en atención a

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

que la menor tuvo un sangrado debido a que le llegó el periodo menstrual. Dichos hechos fueron adecuados jurídicamente por la Fiscalía en el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, reato por el cual posteriormente el Ente Acusador procedió a solicitar la correspondiente sentencia condenatoria.

A su vez, cuando la A quo procedió a proferir la sentencia condenatoria opugnada, basándose en las pruebas allegadas al proceso, sentó su posición en el sentido consistente en que el señor FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA con su actuar para la madrugada del 4 de julio de 2011 no accedió carnalmente a la menor "A.M.A.M", porque lo único que hizo con ella fue una serie de diversas actividades de tipo erótico sexual que al parecer no conllevaron la introducción del asta viril o de otro elemento en la vagina de la agraviada acorde con los términos del artículo 212 C.P.

Al cotejar entre sí los presupuestos fácticos en los cuales se basó tanto la acusación como el fallo confutado y la calificación jurídica dada a los mismos, observa la Sala que entre ellos, en su núcleo esencial, existe relación de compatibilidad o de consonancia, tanto es así que esos reatos hacen parte del mismo título y capítulo del código penal, siendo el único elemento que los diferencia el relacionado con la existencia o no de penetración durante el devenir de las actividades íntimas o amorosas según lo definido por el artículo 212 C.P., por lo que la Sala advierte que en el presente asunto no fue vulnerado el principio de congruencia, y más por el contrario en un principio podría decir que en la hipótesis acontecida en el presente asunto, la Jueza A quo estuvo atinada cuando procedió a proferir un fallo condenatorio en contra de FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA, en el cual declaró su responsabilidad criminal por la comisión de un delito diferente, pero afín, de aquel por el cual la Fiscalía acusó y solicitó condena.

2º) LOS ERRORES EN LA APRECIACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO:

En la apelación, la Fiscalía acusó al fallo confutado de ser producto de una serie de errores en los que incurrió la A quo al momento de la apreciación del acervo probatorio, los cuales le impidieron darse

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

cuenta que la conducta punible enrostrada al procesado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA si se adecuaba típicamente en el reato de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, según hechos acontecidos en la madrugada del 4 de julio de 2011, y no en la del delito de actos sexuales con menor de catorce años.

Como se puede observar, el tema de la inconformidad expresada por la recurrente, gira en torno a que la Jueza se apartó de la teoría de la probabilidad prevaleciente como base del razonamiento judicial, desestimando así los dichos de la menor en su testimonio, su historia clínica y la entrevista con la sicóloga del ICBF.

Para ello la delegada Fiscal resalta que la menor siempre manifestó que sabía lo que era una relación sexual y que siempre hizo una narración tratando de minimizar lo ocurrido en la madrugada del 4 de julio, pero sobre todo que cuando fue llevada al hospital para la valoración nunca hizo referencia a que hubiese tenido algún tipo de accidente o que hubiese introducido algún objeto en su área genital que le produjera un desgarró, que por el contrario cuando el médico le pregunta si había sido penetrada, ésta refiere que no, pero vacilando constantemente al especificar eso.

Respecto de lo anterior, la Sala considera que la Fiscalía partió de un supuesto errado, producto de una indebida apreciación e interpretación tanto de la entrevista como del testimonio de la menor en audiencia de juicio oral y es que no se puede iniciar presumiendo el mal actuar de los ciudadanos que se ven abocados a enfrentar un proceso de esta naturaleza sino que más allá de especulaciones debe hacer un análisis preciso, serio y contextualizado del acervo probatorio allegado a la contienda penal, pero sobre todo del testimonio que rinde la verdadera víctima en esta clase de procesos, y es por ello que escuchado con detenimiento dicho testimonio, la menor señala que no fue penetrada por el encausado, inclusive se lo repite a la jueza en preguntas de aclaración que le hiciera donde también negó rotundamente dicho acceso, por lo que el Despacho imparte credibilidad a lo dicho por la testigo, de cuya narración no se avizora que haya querido faltar a la verdad y más por el contrario se observa que vierte un relato espontáneo de lo acontecido con el ahora Procesado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA.

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

Ahora en lo que tiene que ver con el desgarramiento himeneal (a las 3 según manecillas del reloj), es lógico que acorde con lo acontecido la primera explicación que podría surgir de ese evento es que el mismo bien pudo haber sido producto de la penetración de un asta viril, lo que le daría algo de razón a los reclamos formulados por la apelante, pero esa explicación se cae de su propio peso ante la actitud dubitativa asumida por la agraviada desde un principio, de la cual mana un estado de incertidumbre respecto a que si en efecto el ahora Procesado la accedió o no carnalmente, incertidumbres estas que generarían múltiples especulaciones sobre las causas que posiblemente ocasionaron ese desgarramiento himeneal.

Tal situación nos hace colegir que la recurrente no apreció en su verdadera dimensión el contenido de todo lo dicho por la ofendida "A.M.A.M", porque de hacerlo seguramente, que como consecuencia de sus vacilaciones respecto de lo que en verdad aconteció, habría descartado la tesis del acceso carnal, pero como ello no sucedió, generó que se fuera al traste la teoría del caso propuesta por la Fiscalía en la acusación respecto a que el procesado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA cometió el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años por el cual fue llamado a juicio, en atención a que el testimonio rendido en juicio por la víctima, contrario al sentir de la Fiscalía, atacó de manera contundente su propia teoría .

Tampoco es de recibo para esta Colegiatura la hipótesis planteada por la Defensa sustentada en la tesis consistente en que "*lo accesorio corre la suerte de la principal*", porque si la jueza absolvió a su representado por no haber demostrado el acceso carnal y ésta era la acusación principal también debió absolverlo por los actos sexuales. La Sala considera que no le asiste la razón a la Defensa, porque como bien lo explicamos al introito del presente proveído, cuando se resolvió el primero de los problemas jurídicos propuestos, no es que los hechos relacionados con el atentado sexual a la libertad e integridad sexual de la agraviada no hayan ocurrido, sino que se demostró una calificación jurídica diferente a la acusada por el Ente Fiscal, lo que permitía proferir una sentencia de carácter condenatorio por la comisión de un delito diferente al acusado, sin que ello implicara una vulneración del principio de la congruencia.

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

3). DE LA ABSOLUCIÓN POR HECHOS ACAECIDOS EN AL AÑO 2010:

Finalmente, frente al tercer problema jurídico planteado referente a si incurrió la Jueza de 1ª instancia en errores de apreciación probatoria al absolver al señor FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA por los hechos acaecidos en el año 2010, la Sala es del criterio que no le asiste la razón a los recurrentes en atención a que el Ente Acusador no pudo demostrar uno de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir sentencia condenatoria, como lo es la ocurrencia del delito por el cuál al acusado le fueron endilgados cargos, acto sexual abusivo con menor de 14 años, debido a que las pruebas debatidas en el juicio, en especial todo lo dicho tangencialmente por la víctima "A.M.A.M", solo acreditaron precariamente un reato de naturaleza diferente de mayor entidad punitiva, acceso carnal abusivo con menor de 14 años, lo que conspiraría de manera negativa para que el fallador de instancia pudiera llegar a ese suficiente grado de convicción que se requiere como necesario para poder edificar un fallo condenatorio, puesto que en su psique existirían varias hipótesis respecto del delito: a) La plasmada en la acusación; b) Lo acreditado probatoriamente en el juicio oral, en detrimento de lo expuesto en el escrito de acusación.

Tal ambivalencia relacionada con la demostración en el juicio de la ocurrencia de un delito diferente de aquel que fue objeto de acusación, daría lugar a que germinara la semilla de la duda razonable, la cual tiene que ser resuelta en favor del procesado, acorde con los postulados del principio "*in dubio pro reo*", plasmado en el inciso 4º del artículo 29 C.N. y el artículo 7º C.P.P. no quedándole a la Jueza de instancia otra alternativa diferente que la de absolver al acriminado de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

En tal sentido la Corte ha expuesto lo siguiente:

*"La congruencia se debe predicar, y exigir, tanto de los elementos que describen los hechos como de los argumentos y las citas normativas específicas. Esto implica (i) que el aspecto fáctico mencionado en la acusación sí y sólo sí es el que puede ser tenido en cuenta por el juez al momento de dictar sentencia. **Si la prueba demuestra que los hechos no se presentaron como los relata la Fiscalía en el escrito de acusación, al juez no le***

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

quedará otro camino que el de resolver el asunto de manera contraria a las pretensiones de la acusadora...⁵.

Posición que ha sido ratificada de la siguiente manera:

*"En consecuencia, el principio de congruencia cobra materialidad en cuanto se refiere a los elementos que señalan los hechos, los argumentos jurídicos y las citas normativas concretas, lo cual supone: (i) **Que el juez sólo puede tener en cuenta al momento de proferir fallo el factum de la acusación, de modo que si las pruebas demuestran que los sucesos no ocurrieron como lo expone la Fiscalía, aquél tiene que definir el caso de manera contraria a las pretensiones de la entidad acusadora...⁶.***

Lo antes expuesto nos indica que le asiste razón a lo resuelto y decidido por la A quo en el numeral quinto del fallo confutado, cuando absolvió de responsabilidad criminal del Procesado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA por la comisión del reato de actos sexuales con menor de catorce años, porque si nos atenemos a la versión que de manera precaria fue vertida en el juicio por la agraviada, a quien se le puso de presente una entrevista, con la finalidad de refrescar memoria, de la que se puede establecer que para el año 2010 en época de vacaciones, el encausado había realizado conductas similares con la menor, las cuales consistieron en la introducción de los dedos en la vagina. Para la Sala, tal evento hace que desaparezca por completo el acto sexual para convertirse en un acceso carnal abusivo, mismo que no le fue enrostrado al señor RIVERA GAVIRIA y del que no se habló en juicio, por lo que la única salida viable era la de absolver al Procesado específicamente por los hechos acaecidos en calendas del 2010 como bien lo declaró la falladora de primer nivel, pues no es de recibo para esta célula judicial que solo por no dejar hechos en la "impunidad", como lo estima el delegado del Ministerio Público, se emita una sentencia condenatoria contrariando de manera directa principios y pilares fundamentales del proceso penal, tales como principio de congruencia, la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de abril veinticinco (25) de 2007. Proceso # 26309. M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS. (Negrillas fuera del texto).

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia de octubre veintiocho 2.009. Proceso # 32192. M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS. (Negrillas fuera del texto).

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

Por lo tanto, la Sala acompañando la decisión tomada en el presente asunto por la A quo, es del criterio que no fue acertada la calificación jurídica que la Fiscalía le dio a los hechos objeto de la acusación, la cual se encuentra divorciada de las premisas fácticas, teniendo en cuenta que para las calendas del 2010 la Fiscalía trató de probar un acto sexual cuando se trató de un acceso carnal abusivo con menor de catorce años por haber introducido el enjuiciado sus dedos en la vagina de la menor **"A.M.A.M"**.

Tal situación, a juicio de la Sala, descartaría la ocurrencia del delito por el cual el procesado fue llamado a juicio lo que a su vez repercutiría de manera negativa en contra de los intereses del Ente Acusador quien no pudo demostrar válidamente en el juicio uno de los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir sentencia condenatoria, como lo es la ocurrencia del delito por el que al acriminado le fueron endilgados cargos. Luego, al no cumplirse en el proceso los requisitos exigidos por los artículos 7º y 381 C.P.P. se tornaba en imperiosa la absolución del procesado FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA, únicamente por los hechos acaecidos en el año 2010.

Siendo así las cosas, concluimos que al no asistírle la razón a la tesis de discrepancia propuesta por los recurrentes, no queda otra opción diferente que la de confirmar el fallo opugnado.

En mérito de todo lo antes expuesto, la Sala de Decisión de asuntos penales del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintidós (22) de febrero del 2012 por parte del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado **FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA**, por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años por

Procesado: FABIÁN DARÍO RIVERA GAVIRIA
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años
Rad. # 660016000035201100874-01
Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, la Defensa y el Ministerio Público.
Decisión: Confirma fallo confutado

hechos acaecidos en la madrugada del 4 de julio de 2011 y, lo absolvió por el mismo delito por hechos ocurridos en calendas del 2010.

SEGUNDO: DECLARAR que en contra de la presente sentencia de segunda instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentando dentro de las oportunidades de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria