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

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

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 07 de diciembre de 2017

Proceso:                 Penal - Revoca sentencia condenatoria y absuelve

Radicación Nro. : 66001-60-00036-2011-05126-01

Procesado: MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**Temas: INADECUADA ADECUACIÓN JURÍDICA PARA PROFERIR UN FALLO DE CONDENA.** [L]a Colegiatura no puede desconocer que en el presente asunto tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hechos por parte de la Fiscalía, lo que a su vez generó un estado de dudas probatorias que debieron ser capitalizadas en favor del acusado, como bien lo ordena el aludido principio del *in dubio pro reo*. Siendo así las cosas, al no satisfacerse los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. la Sala revocará el fallo confutado y en consecuencia absolverá al Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE de los cargos por los cuales fue llamado a juicio y se pregonó su compromiso penal. Asimismo, como quiera que en la actualidad el aludido Procesado se encuentra detenido, se ordenara su inmediata liberación, salvo claro está, que se encuentre privado de la libertad por órdenes de cualquier otra autoridad jurisdiccional.

**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 con acta # 1345 del 5 de diciembre de 2017. H: 2:30 p.m.

Pereira, siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Hora: 8:40 a.m.

Procesado: MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE

Delito: Acto sexual violento agravado

Radicación # 66001-60-00036-2011-05126-01

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.

Decisión: Revoca fallo opugnado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida en las calendas del dieciocho (18) de marzo del 2.014 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE**, por incurrir en la comisión del reato de acto sexual violento agravado.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo expuesto por parte de la Fiscalía en el libelo de acusación, se tiene que los hechos que concitan la atención de la Colegiatura tuvieron ocurrencia en esta municipalidad en horas de la tarde el día 22 de julio de 2.013 en un inmueble ubicado en la manzana 13 # 12 del barrio *“El Remanso”,* y están relacionados con un supuesto abuso sexual que el ciudadano MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE perpetró en la menor *“A.C.G.V.”*, quienes para ese entonces, respectivamente, tenían 21 y 10 años de edad.

Según lo consignado en el escrito de acusación, se dice que para esas calendas la menor “A.C.G.V.” en compañía de su hermanito *“K.A.A.Z.”* de 6 años de edad, acudieron a la residencia antes aludida con el objeto de participar en una fiesta en la cual se agasajaba el cumpleaños de un hijo de la Sra. SANDRA MILENA VERGARA.

Durante el devenir de la celebración la menor participó en un juego denominado como *“tun-tun”*, en el cual el Sr. MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE la cargó en sus espaldas, pero en el momento en el que Él la cargaba, aprovechó la oportunidad para manosearle la región vaginal, y como quiera que la niña expresó su inconformidad ante esos tocamientos, dicho fulano procedió a taparle la boca para que se callara.

Finalmente, en el libelo acusatorio se aduce que la menor tuvo un pequeño sangrado en la vagina como consecuencia de la brusquedad de los manoseos a los que fue sometida.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 14 de junio del 2.013, ante el Juzgado 4º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las que además de legalizarse la captura del entonces indiciado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE, también se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de acto sexual violento agravado. En dichas vistas públicas al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.

1. El escrito de acusación data del 22 de julio del 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual, el 23 de septiembre de esa anualidad, se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía le enrostró cargos a JORGE ENRIQUE NARVÁEZ como presunto autor del reato de acto sexual violento agravado, tipificado en los artículos 206 y 211, # 4º, del C.P.
2. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 1º de noviembre del 2.013, mientras que la audiencia de juicio oral se celebró el 18 de febrero del 2.014, en la cual, una vez agotadas las fases probatoria y de alegaciones se emitió el sentido del fallo, el que resultó ser de carácter condenatorio. Posteriormente, el 18 de marzo del 2.014 se dictó la sentencia condenatoria, en contra de la cual se alzó de manera oportuna la Defensa.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida en las calendas del 18 de marzo del 2.014 por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE, por incurrir en la comisión del reato de acto sexual violento agravado.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE fue condenado a purgar una pena de 128 meses de prisión. De igual forma en dicho fallo al Procesado de marras se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales para la concesión de los mismos.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgador de primer nivel para declarar la responsabilidad penal del Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE, se fundamentaron en establecer que las pruebas habidas en el proceso satisfacían los presupuestos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria en contra del acusado, por lo siguiente:

* Se debe conceder total y absoluta credibilidad a los testimonios rendidos por los menores “A.C.G.V.” y *“K.A.A.Z.”,* cuyos dichos están concatenados y son uniformes frente a lo acontecido, respecto a que cuando la menor jugaba al *“tun-tun”* con el Procesado, dicho sujeto, al cargarla, aprovechó la oportunidad para manosearle la vagina y ocasionarle un arañazo que le causó un sangrado.
* Con el testimonio de la madre de la ofendida, JACQUELINE ARANGO, se acreditó lo que pasó cuando la menor regresó a su casa, y como la Testigo se enteró de lo acontecido al percatarse que los calzones de su hija tenían manchas de sangre y que en la región vaginal presentaba un arañazo.
* A la menor se le practicó un examen sexológico por parte de la médico forense ADRIANA MENDOZA, quien expuso que los hallazgos encontrados eran compatibles con una agresión de tipo erótico-sexual.
* Según lo dicho por el perito psicólogo forense que atendió a la víctima, su relato debía ser considerado como lógico y coherente, además de que no encontró en el mismo razón alguna para que la menor mintiera.

De igual forma el Juez de primer nivel expuso que no compartía la tesis propuesta por la Defensa cuando alegó que las escoriaciones que la menor presentaba en su zona genital podían ser producto de unos correazos que le propinó la madre de la niña a modo de castigo, lo que para el *A quo* no era creíble porque no es posible que una correa hubiese penetrado la uretra de la niña para causarle ese sangrado; además, expuso el *A quo,* que la Fiscalía demostró, mediante prueba pericial médica, que dichas escoriaciones eran compatibles con un abuso sexual.

Finalmente, el *A quo* adujo que no podían ser de recibo las declaraciones de los testigos de la Defensa cuando expusieron que el procesado no pudo haber hecho lo que se dice que hizo porque es homosexual, ya que le gustaban las personas de su mismo sexo; pero, en opinión del Juzgador de instancia, tal condición no se constituía en razón suficiente para descartar su compromiso penal.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada se fundamentó en proponer la tesis consistente en que en el presente asunto se incurrieron en una serie de graves errores en la apreciación del acervo probatorio, los que a su vez incidieron para que el Juez de primer nivel no se diera cuenta que de las pruebas habidas en contra del Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO afloraban una serie de dudas frente al compromiso penal endilgado en su contra, las cuales debieron haber sido capitalizadas en su favor acorde con lo preceptuado por el principio del *“in dubio pro reo”.*

Para demostrar la tesis de su inconformidad, la recurrente arguyó lo siguiente:

* La apreciación del acervo probatorio no fue integral, debido a que no se tuvieron en cuenta las pruebas de descargos, las que no fueron valoradas. Las pruebas ignoradas estaban integradas por un grupo de personas que estuvieron en la fiesta, quienes declararon que los hechos no pudieron haber ocurrido de la forma como lo adujó la víctima, porque si bien es cierto que MIGUEL ÁNGEL COLORADOestuvo en la fiesta jugando con los niños. De igual forma con esos testigos la Defensa demostró que para ese tipo de actividades lúdicas el Procesado utilizó una bomba o globo, la cual se constituyó en una especie de manzana de la discordia, debido a que la niña quería que se la regalaran, y como quiere que COLORADO ÁLZATE no accedió a sus pretensiones, porque era lo único con lo que contaba para jugar con los demás niños, dicha infante se disgustó.
* No existían razones valederas para otorgarle credibilidad al testimonio de la menor ofendida, porque si el *A quo*  se hubiera fijado del comportamiento asumido por Ella al momento de su declaración, en donde en un principio fue renuente a declarar, hasta el momento en el que se percató de la presencia de su madre en la Sala de audiencia, hubiera concluido que la menor estaba mintiendo como consecuencia de unos traumas que la obligaron a faltar a la verdad generados por el maltrato infantil al que la niña era sometida por su madre, quien la aporreaba con mucha frecuencia debido a que la menor era rebelde, altanera y callejera, tanto es así que el día de los hechos, al enterarse de lo acontecido por boca del hermanito de la niña, le propinó una golpiza porque ella no se dejó revisar los genitales.
* No se apreciaron correctamente las pruebas habidas en el proceso con las cuales se demostró que el procesado es homosexual y que sus preferencias sexuales son hacia las personas del mismo sexo; por lo que no pudo cometer el delito, debido a que no iba a obtener ningún tipo de satisfacción erótica al manosear a una menor del sexo contrario, ni que tales placeres los obtuviera arañando los genitales de la menor.
* El *A quo* no se dio cuenta que con la declaración rendida por el hermanito de la víctima se estaba en presencia de un testigo preparado y aleccionado, ya que no es lógico que haya procedido de la forma como el testigo dice que procedió, cuando, invadiendo la intimidad de su hermana, la siguió hasta el baño para así averiguar lo que Ella hacia ahí dentro al fisgonear por una hendija.
* En el proceso no se hizo nada para descartar la hipótesis consistente en que el sangrado que tuvo la menor fue producto de la menstruación, lo cual era algo que no le competía ser aclarado por la Defensa.

Con base en todo lo anterior, la apelante solicitó la revocatoria del fallo opugnado y que en consecuencia se absolviera al Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO de los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el término del traslado para fungir como no recurrentes, tanto la Fiscalía como la representante de la víctima presentaron sus correspondientes alegatos de conclusión, en los cuales clamaban por la confirmación del fallo opugnado al rechazar las tesis de la discrepancia propuesta por el apelante.

La Fiscalía presentó los siguientes argumentos:

* El Juez *A quo* si hizo una valoración integral de las pruebas debatidas en el juicio, gracias a lo que pudo establecer que en el proceso si estaba comprobado, más allá de cualquier duda, el compromiso penal del acusado.
* A pesar que posiblemente sea cierto que los testigos supuestamente preteridos estuvieron en el sitio de los hechos, Ellos no pudieron observar el preciso momento en el que el Procesado manoseaba los genitales de la menor, ya que cuando procedió de tal forma, lo hizo con la intención de no ser visto.
* Es verdad que cuando la víctima acudió al juicio a rendir testimonio en un principio estuvo nerviosa, pero una vez que superó ese estado emocional, rindió una declaración clara, detallada y precisa de lo acontecido, relato este que a su vez fue catalogado como lógico y coherente.
* El tema de la menstruación si era algo que le competía esclarecer a la Defensa, la que no hizo nada en tal sentido; además, según lo consignado en el dictamen sexológico, el sangrado que presentaba la agraviada, era compatible con una manipulación en la región vaginal.

A su vez la apoderada de la víctima adujo que en la sentencia confutada si se hizo un juicioso análisis de las pruebas, las que se valoraron de conformidad con los preceptos de la sana critica. Pero que a pesar de tal situación, con el recurso de apelación lo único que se persigue es debatir tópicos que nada tienen que ver con la raíz de lo acontecido, tales como el maltrato infantil al que la menor era sometida por parte de su madre o la condición de homosexual del Procesado.

**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 con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

¿Cómo consecuencia de unos supuestos yerros en los que se incurrieron en la apreciación del acervo probatorio, las pruebas aducidas al proceso no cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder emitir un fallo de condena en contra del acusado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE?

**- Solución:**

La tesis de la discrepancia propuesta por la recurrente en la alzada interpuesta en contra del fallo confutado, se fundamenta en denunciar una serie de yerros en los que en su sentir el Juez de primer nivel incurrió en la apreciación del acervo probatorio, los que a su vez incidió para que no fuera posible que el Juez *A quo* no se percatara de la existencia de un estado de dudas e incertidumbres que generaban esas pruebas, lo que en sentir de la apelante debió repercutir en favor del Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE, acorde con lo ordenado por el principio del *“in dubio pro reo”.*

Frente a lo anterior, la Sala dirá lo siguiente:

**1. Los cargos de omisión probatoria en los que se incurrieron en el fallo confutado al momento de la apreciación del acervo probatorio.**

Denuncia la apelante que en la sentencia confutada no se llevó a cabo una apreciación integral del acervo probatorio, porque el Juez *A quo* omitió valorar muchas de las pruebas que la Defensa allegó al juicio, en especial aquellas que tenían que ver con un grupo de testigos con los cuales se demostraba: a) Lo acontecido en la fiesta, de lo que se desprendía que las hechos no ocurrieron de la forma como lo adujo la menor *“A.C.G.V.”*; b) La condición de homosexual del Procesado, por lo que como consecuencia de sus gustos y preferencias sexuales sobre las personas de su mismo sexo, hacia improbable que haya *manoseado* a la menor agraviada.

Para poder absolver la presente censura que la apelante ha formulado en contra del fallo opugnado, como punto de partida la Sala tendrá en cuenta que uno de los principios que orientan al derecho probatorio es el de la *unidad de la prueba*, consagrado en el artículo 380 C.P.P. en virtud del cual al Juez del Conocimiento le asiste la obligación de apreciar el acervo probatorio de manera integral y conjunta, como si fuera un todo único e inescindible, exponiendo plausiblemente las razones de hecho como de derecho que incidieron para que a cada una de las pruebas debatidas en el juicio le concediera determinado valor probatorio o de convicción. Por lo que es claro que se incurre en una vulneración de dicho principio rector cuando el Juez ignora apreciar pruebas que válidamente han sido allegadas al proceso, o cuando, a pesar de haber hecho una enunciación de las pruebas habidas en el proceso, no le ofrece a las partes y demás intervinientes ningún tipo de explicación respecto del valor probatorio dado a las mismas.

Pero, bien vale la pena anotar que para que se presente una eficaz y efectiva conculcación del debido proceso como consecuencia de la vulneración del principio de marras, no es suficiente el simple y mero desconocimiento por parte del Juzgador de instancia de alguna o algunas de las pruebas habidas en el proceso, ya que se torna necesario que las pruebas preteridas, en lo acreditado por ellas, sean lo suficientemente contundentes y determinantes en su poder suasorio como para variar o alterar en su esencia la decisión confutado, por lo que en el evento de que las mismas no hubiesen sido desconocidas, seguramente que el sentido de la decisión sería diametralmente otro.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, observa la Sala que en efecto, tal como lo reclama la apelante, si bien es cierto que el Juez *A quo* al momento de la apreciación del acervo probatorio hizo mención de las pruebas testimoniales aportadas por la Defensa, vg. los testimonios rendidos por ERIKA VARGAS OSORIO; XIMENA VERGARA GUTIÉRREZ; CARLOS ANDRÉS QUINTERO, etc… las que tenían que ver con las personas que asistieron a la fiesta del cumpleaños del hijo de la Sra. SANDRA MILENA VARGAS GUTIÉRREZ; de igual forma se observa que en momento alguno el Juez de primer nivel le ofreció una explicación a las partes respecto del valor probatorio dado a esas pruebas de descargos, ni el por qué a las atestaciones de dichos testigos, que desvirtuaban todo lo dicho por la víctima, no se le debía conceder credibilidad frente a lo declarado tanto por la ofendida “A.C.G.V.” como por su hermano *“K.A.A.Z.”*, respecto a cómo el Procesado le manoseó la vagina cuando la tenía cargada a sus espaldas en el momento en el que ambos jugaban un juego denominado *“tun-tun”.*

Es de anotar que a pesar de que sea cierto que el *A quo* si incurrió en el error de apreciación probatoria denunciado por la Defensa en la alzada, también es verdad que dicho yerro en su trascendencia no puede ser catalogado lo suficientemente determinante como para quebrarle el espinazo al fallo opugnado, porque en el evento en el que el Juez de primer nivel se hubiera dignado en valorar y justipreciar las pruebas preteridas, seguramente que habría llegado a la misma meta, o sea que lo aducido por los testigos de descargo en momento alguno le hacían mella a la credibilidad que afloraba de los testimonios rendidos por los menores “A.C.G.V.” y “K.A.A.Z.”.

Para poder llegar a la anterior conclusión, se hace necesario tener en cuenta que al hacer un análisis en conjunto de lo declarado por los testigos ERIKA VARGAS OSORIO; XIMENA VERGARA GUTIÉRREZ; CARLOS ANDRÉS QUINTERO y SANDRA MILENA VARGAS GUTIÉRREZ, se desprende lo siguiente:

* Para la época de los hechos en la casa de la Sra. SANDRA MILENA VARGAS se celebró una fiesta en la cual se agasajaba el cumpleaños de un hijo suyo. A dicha fiesta acudieron los menores “A.C.G.V.” y “K.A.A.Z.”.
* En el devenir de la fiesta el Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO utilizó un par de bombas o globos de color rojo en forma de corazones, con las cuales estuvo jugando con varios niños y que la menor “A.C.G.V.” se molestó con el ahora acusado debido a que Él no le quiso regalar una de las bombas, lo que hizo que cogiera una rabieta.
* El Procesado se puso a jugar con los niños a un juego llamado *“tun-tun”[[1]](#footnote-1)*, en el que los infantes se le montaban a sus espaldas, y que la menor también se montó, de manera sorpresiva, a las espaldas de COLORADO ÁLZATE, quien reaccionó bruscamente haciendo que ella cayera al suelo.
* Mientras sucedieron esas actividades lúdicas, en ningún momento los testigos se dieron cuenta que la menor haya chillado o que el Procesado la estuviera manoseando en sus partes pudendas.

Ahora, si cotejamos lo adverado por los antes enunciados testigos, con lo que a su vez declararon los menores “A.C.G.V.” y “K.A.A.Z.”, válidamente se pueden encontrar los siguientes puntos coincidentes:

* Es cierto que el Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO estuvo jugando con los niños con una bomba de color rojo en forma de corazón, como bien lo admitió la menor “A.C.G.V.” en su declaración, pero de igual forma la testigo adujo que no recuerda si le pidió que le regalaran ese globo.
* Es verdad que la menor “A.C.G.V.” estuvo montada a las espaldas del Procesado en desarrollo de un juego denominado *“tun-tun”*; actividad lúdica en la que el acusado simulaba ser una especie de equino al que los menores, que estaba montando a sus espaldas, le daban fuete y lo instaban a cabalgar[[2]](#footnote-2).
* En momento alguno la menor agraviada chilló o gritó cuando estuvo montada en las espaldas del Procesado ni cuando se bajó de las mismas.

Para la Sala, tales comunes denominadores lo único que hacen es apalancar aún más la credibilidad que afloraría de lo dicho por los menores “A.C.G.V.” y “K.A.A.Z.” respecto a lo acontecido entre la Ofendida y el Procesado, en el momento en el que este último aprovechó la oportunidad de tenerla cargada a sus espaldas para manosearle la vagina, de lo cual no pudieron darse cuenta los testigos de descargos, porque, según sus versiones, Ellos, mientras dialogaban entre sí, estaban era pendientes de lo que hacían los otros niños, a lo que se le debe aunar la peculiar cercanía habida entre víctima y victimario, lo que le facilitaba al ahora encausado hacer lo que hizo con absoluta discreción e impunidad.

Además de lo anterior, se hace necesario tener en cuenta que en la actuación estaban demostrados los intrínsecos lazos de amistad que liaban al Procesado con los testigos, ya que para la época de los hechos él residía en compañía de su marido, CARLOS ANDRÉS QUINTERO, en el domicilio de la Sra. SANDRA MILENA VARGAS GUTIÉRREZ[[3]](#footnote-3), quien extrañamente pretendió desconocer esa situación ya que cuando rindió testimonio, adujo que conocía al Procesado por ser un vecino más del barrio. Para la Sala, esos estrechos nexos que unían a los testigos con el Procesado, se erigían como factores que incidían para poner en tela de juicio la imparcialidad de sus dichos y en consecuencia, apreciar, con beneficio de inventario, la credibilidad de lo declarado por Ellos.

De igual forma, bien vale la pena anotar que lo atestado por la menor ofendida, de una u otra forma, obtiene eco en las pruebas periciales llevadas por la Fiscalía al juicio, entre las cuales se hallaban:

* El testimonio de la médico legista ADRIANA MENDOZA JIMÉNEZ, quien expuso que en el momento en el que le practicó un examen sexológico a los genitales de la víctima, encontró: dos escoriaciones lineales de cuatro y dos centímetros en el periné y un eritema en la uretra. De igual forma la perito adveró que esos hallazgos eran compatibles con lo declarado por la menor respecto a las manipulaciones que le efectuaron en la vagina. Además, sobre la naturaleza del instrumento con que se ocasionaron esas lesiones, la perito, con su declaración, descartó de tajo una de las hipótesis propuesta por la Defensa, con la que pretendía demostrar que las lesiones que la ofendida presentaba en la región vaginal eran producto de una brutal tunda que su desalmada madre le había propinado con una correa ; lo que en opinión de la perito no era posible porque el cinturón es objeto catalogado como contundente, y acorde con las características de las lesiones: escoriaciones y eritemas, las mismas debieron haber sido ocasionadas por un arma cortocontudente, compatibles, entre otras, con un arañazo o las callosidades habidas en los dedos.
* Con el testimonio rendido por el psicólogo forense JORGE OLMEDO CARDONA, se demostró que el relato dado por la menor agraviada, el cual presentaba una buena estructura interna, debía ser considerado como lógico y coherente.

Finalmente, en lo que atañe con la condición de homosexual del Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO, bien vale la pena anotar que el Juez de primer nivel no incurrió en los yerros de preterición probatoria denunciados por la apelante, debido a que el *A quo* sí valoró tangencialmente las pruebas que demostraban esa peculiar condición del Procesado, entre las que descollaban lo atestado por CARLOS ANDRÉS QUINTERO, quien dijo ser el compañero permanente del encausado, y la Sra. ADRIANA ÁLZATE RAMÍREZ, madre del acriminado, para de esa forma colegir que la homosexualidad del Procesado no se constituía en razón suficiente para descartar el compromiso penal endilgado en su contra.

Para la Sala, lo dicho en tales términos por el *A quo* es válido, porque si bien es cierto que se podría decir que el Procesado por su orientación sexual diversa solo tendría preferencias eróticas hacia las personas de su mismo sexo, también es verdad que por el simple hecho de que una persona sea homosexual, tal condición *per se* no lo excluye ni se torna en incompatible para que pueda incurrir en la práctica de algún otro tipo de comportamientos parafilicos, tales como: el exhibicionismo, el voyerismo, el fetichismo, la pedofilia, el sadismo o el travestismo, etc.. Prueba de ello la encontramos a diario en la prensa, las revistas, las crónicas cinematográficas, en las que célebres homosexuales también practicaban el travestismo, como bien acontecía, entre otros, con los músicos JUAN GABRIEL o FREDDY MERCURY[[4]](#footnote-4); ni que decir de homosexuales con tendencia al sadismo y a la pedofilia, como, a modo de ejemplo, lo encontramos en el tenebroso personaje que respondía por el nombre de MANUEL OCTAVIO BERMÚDEZ, también conocido con el remoquete de “*El monstruo de los cañaduzales”*[[5]](#footnote-5).

Como se podrá colegir, contrario a lo reclamado por la apelante, la condición de homosexual de una persona no necesariamente se constituye en óbice que permita pregonar que las personas con dicha orientación sexual diversa no pueden asumir alguna de esas conductas sexuales que han sido consideradas como parafilias, por lo que es posible que un homosexual pueda también sentir inclinación o atracción hacia los niños, sin distingo de su sexo, lo cual es propio del comportamiento parafilico conocido como pedofilia.

De lo antes expuesto, la Sala concluye que no le asiste razón a la censura formulada por la apelante, porque si bien el *A quo* pretirió justipreciar unas pruebas al momento de la apreciación del acervo probatorio, de igual forma se tiene que en caso que las pruebas testimoniales ignoradas hubiesen sido apreciadas o valoradas, seguramente que el contenido de la sentencia hubiera sido el mismo: concederle credibilidad a lo declarado por los menores “A.C.G.V.” y “K.A.A.Z.”, en detrimento de la credibilidad que emanaría de lo atestado en favor del Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE, por parte de los Sres. ERIKA VARGAS OSORIO; XIMENA VERGARA GUTIÉRREZ; CARLOS ANDRÉS QUINTERO; ADRIANA ÁLZATE RAMÍREZ y SANDRA MILENA VARGAS GUTIÉRREZ.

**2. Los yerros relacionados con la credibilidad otorgada a los testimonios absueltos por los menores “A.C.G.V.” y “K.A.A.Z.”.**

La apelante expone que el Juez de primer nivel se equivocó al otorgarle un total y absoluto grado de credibilidad a los testimonio rendidos tanto por la víctima “A.C.G.V.” como por su hermano “K.A.A.Z.”, debido a que la víctima hizo tales manifestaciones en contra del Procesado como consecuencia de los maltratos a los que era sometida por parte de su señora madre, a lo que se le debe sumar la actitud silente y contumaz que asumió cuando acudió al juicio a rendir testimonio. Mientras que en lo que correspondía con el menor “K.A.A.Z.” se estaba en presencia de un testigo aleccionado y fisgón, quien invadió la privacidad de su hermana, al mirar por una hendija para averiguar lo que ella hacía en el baño.

Para la Sala no puden ser de recibo los reproches formulados por la recurrente para cuestionar la credibilidad del testimonio rendido por la víctima “A.C.G.V.”, debido a que ella ofreció un relato armónico, lógico y contextualizado de lo acontecido, en el que no incurrió en contradicciones e incoherencias. Además, como bien lo expusimos en párrafos anteriores, sus dichos encuentran eco en mucho de los aspectos declarados por los testigos de descargos así como en las pruebas periciales allegadas al juicio por parte del Ente Acusador.

Ahora bien, a pesar de ser cierto que cuando la menor acudió por primera vez al juicio a rendir testimonio, guardó un sepulcral silencio ante las preguntas formuladas por la Fiscalía[[6]](#footnote-6), tal situación *per se* no es razón suficiente para pretender aniquilar o cuestionar la credibilidad de sus dichos conforme a los argumentos esgrimidos por la apelante, debido a que esa actitud asumida por la menor fue producto del estado de nerviosismo que la embargaba para ese entonces, como bien lo hizo saber la Defensora de Familia, quien solicitó un receso debido a que la menor no podía declarar por encontrarse llorando.

De igual manera, la Sala es de la opinión que por el simple y mero hecho de que la joven viviera en un hogar disfuncional en el que su madre, JACQUELINE ARANGO, la reprimía con castigos físicos porque Ella, o sea la menor, era rebelde, contestaría o callejera[[7]](#footnote-7), no se constituía como razón válida y suficiente para considerar que la menor estuviera mintiendo. Es más, en tales eventos se debía demostrar que la menor, ante el temor de ser maltratada, fue alienada o constreñida por su madre para que faltará a la verdad, lo cual se tornaba un tanto irracional si se tiene en cuenta las excelentes relaciones de amistad que para esa época había entre las Sras. JACQUELINE ARANGO y SANDRA MILENA VARGAS, como las demás personas que hacían parte de sus respectivos contornos.

Finalmente, en lo que corresponde con los reproches formulados por la apelante para cuestionar el testimonio del menor “K.A.A.Z.”, la Sala considera que los mismos no se compadecen de la realidad probatoria, porque no estamos en presencia de un niño fisgón, ya que si analizamos en conjunto lo dicho tanto por el testigo de marras como por la joven “A.C.G.V.”, se tiene que el baño al que acudió la agraviada para revisar sus genitales y percatarse que estaba sangrando por la vagina, no tenía puertas sino unas cortinas, las que al parecer eran transparentes, lo que facilitaba ver lo que ocurría en el interior de dicho cubículo.

Además, según lo dicho por la Sra. JACQUELINE ARANGO, el menor “K.A.A.Z.”, se caracterizaba por estar pendiente de su hermana, por lo que es lógico que la siguiera y la indagará por lo que le pasaba cuando se dio cuenta de la forma como ella se bajó de la espalda del Procesado cuando jugaban a *“tun-tun”.*

A modo de conclusión, la Sala es de la opinión que los reproches formulados por la recurrente no son suficientes como para poner en tela de juicio el grado de credibilidad que en el fallo opugnado se le concedió a los testimonios rendidos por los menores “A.C.G.V.” y “K.A.A.Z.”.

**3. El desconocimiento de la hipótesis de la no ocurrencia del hecho delictivo porque la menor ofendida pudo haber menstruado.**

Afirma la recurrente que en el devenir del proceso no se tuvo en cuenta la posibilidad de que los hechos no hayan podido tener ocurrencia, debido a que a la menor le llegó el periodo menstrual, lo que le ocasionó el sangrado del que se hace alusión en la acusación. Esta tesis no puede ser de recibo para la Sala, debido a que la misma es producto de una simple y mera especulación carente de respaldo probatorio.

Para llegar a la anterior conclusión, se debe tener en cuenta que acorde con lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. como consecuencia del principio de la presunción de inocencia, se tiene por regla general que la carga de demostrar la responsabilidad penal del acusado le incumbe es al Estado por intermedio de su órgano persecutor, en este caso la Fiscalía General de la Nación. Asimismo es claro que dicha carga probatoria no se puede invertir, pero, acorde con el esquema adversarial que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige y según los postulados que orientan el denominado principio de «*La incumbencia probatoria»*[[8]](#footnote-8)*,* tal restricción no se tornaría en óbice alguno para que en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una tesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones, no se encuentre eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida.

Por lo que si en el caso *subexamine*, la Defensa pretendía demostrar la inexistencia o la atipicidad de los hechos criminosos endilgados en contra del procesado, le asistía la carga de demostrar por cualquier medio probatorio idóneo, que el sangrado que presentó la ofendida era algo propio su ciclo menstrual; pero vemos que en el proceso no allegó prueba alguna para demostrar tal situación, e incluso ni siquiera hizo esfuerzo alguno en contrainterrogar frente a ese tópico a los testigos que podrían arrojar luces sobre dicha situación tan peculiar, como lo serian la misma ofendida *“A.C.G.V.”* o su madre JACQUELINE ARANGO ZAPATA; aunque, bien vale la pena anotar que al parecer la Defensa estaba maniatada para contrainterrogar a las aludidas testigos sobre esa temática, debido a que la misma no fue objeto del interrogatorio directo al que las testigos fueron sometidas por parte de la Fiscalía.

En resumidas cuentas, era a la Defensa a quien le asistía la carga de demostrar la hipótesis formulada por la recurrente mediante el presente cargo, lo cual no hizo, como bien está acreditado en el proceso.

**- Apuntes de Colofón:**

Aspecto que le llama poderosamente la atención a la Colegiatura es que en el presente asunto por parte de la Fiscalía se incurrieron en una serie de errores en la calificación jurídica dada a los hecho, los que a su vez generaron una vulneración del principio de la congruencia, en virtud del cual se declaró la responsabilidad criminal del Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO respecto de unos hechos diferentes de aquellos que se demostraron en el juicio.

Para poder llegar a la anterior conclusión, inicialmente se torna necesario tener en cuenta que el principio de congruencia[[9]](#footnote-9) hace parte de ese cumulo de garantías que el artículo 29 de la Carta ha denominado como Debido Proceso, el cual exige que entre la acusación y la sentencia deba existir una especie de relación de consonancia o de correspondencia en lo que tiene que ver con los hechos y la calificación jurídica dada a los mismos, lo que quiere decir que los cargos formulados en la acusación, en su contexto factico-normativo, deben ser concordantes o afines respecto de aquellos por lo que en la sentencia se ha declarado la responsabilidad criminal del acriminado, razón por la cual se ha dicho que la acusación se erige como el límite de la sentencia, la que por regla general no puede desbordarse de los parámetros trazados en el libelo acusatorio[[10]](#footnote-10).

Acorde con lo dicho tanto por la doctrina como por la jurisprudencia[[11]](#footnote-11), a modo de ilustración, se podría presentar una vulneración del principio de la congruencia en los siguientes eventos: a) Cuando se profiere una sentencia por un delito diferente de aquel por el cual el Procesado fue acusado, o respecto de personas diferentes de aquellas que fueron acusadas, o que se pregonen en contra del Procesado circunstancias específicas de agravación punitiva no consignadas en la acusación, o que se desconozcan las mismas en el fallo; b) En los eventos en los en que el contexto factico de la sentencia desconozca o difiera del núcleo factico de la acusación; c) En aquellas hipótesis en las que las pruebas practicadas en el juicio logran demostrar que la Fiscalía incurrió en un error en la calificación jurídica dada a los hechos en el libelo acusatorio, y a pesar de ello tozudamente se profiere un fallo en consonancia con esa errónea calificación jurídica.

Al aplicar lo anterior al caso en comento, a fin de verificar si en efecto ha tenido o no ocurrencia una vulneración del principio de congruencia, observa la Sala que la Fiscalía, en el escrito de acusación, le enrostró cargos al Procesado por haber incurrido en la presunta comisión del delito de acto sexual violento agravado, tipificado en los artículos 206 y 211, # 4º, del C.P. perpetrados en contra de la menor “A.C.G.V.” de 10 años de edad. Por lo que acorde con la calificación jurídica dada a los hechos con los cuales se edificó la acusación, a la Fiscalía le asistía la carga de demostrar en el juicio, más allá de cualquier duda razonable, que el acusado, con el propósito de saciar su libido, se valió de la violencia, ya sea esta física o moral, para poder someter a la víctima, y de esa forma poder llevar a cabo en su humanidad una serie de actos eróticos-sexuales diferentes del acceso carnal.

A pesar de lo anterior, al efectuar un análisis de las pruebas que la Fiscalía allegó al juicio para probar su teoría del caso, es posible concluir que el Ente Acusador no cumplió con la carga probatoria que le correspondía en atención a que dichas pruebas demostraron una realidad distinta: *que el procesado no hizo uso de la violencia para poder perpetrar el injusto pregonado en su contra.* Lo que a su vez acreditó la ocurrencia de un delito completamente diferente de aquel por el cual el Procesado fue acusado.

Prueba de lo anterior la encontramos en lo siguiente:

1) Con el testimonio rendido por la médico legista ADRIANA MENDOZA JIMÉNEZ, se tiene que como consecuencia de uno de los hallazgos encontrados en el dictamen sexológico practicado a la víctima, relacionados con un eritema que presentaba en la uretra, seria valido colegir que en el presente asunto estábamos en presencia de un acceso carnal y no de un acto sexual, porque, para poder afectar la uretra, que es el conducto por donde hace el recorrido la orina, necesariamente tenía que presentarse la introducción de algo en la vulva, lo que a su vez se adecuaría en el concepto de acceso carnal consagrado en el artículo 212 C.P. y a lo dicho por la Corte en los siguientes términos:

“El anterior referente doctrinal y jurisprudencial, así como la descripción contenida en el artículo 212 del Código Penal, conduce a señalar que el acceso carnal, vía vaginal, se estructura desde el momento en que se ha ingresado en la región vulvar pues esa acción ya descarta el simple roce o tocamiento externo de los genitales femeninos, modalidad que reviste un injusto de acto sexual.

En ese orden, resulta aventurado desvirtuar el delito de acceso carnal, bajo el supuesto no previsto en la ley, que la penetración a la altura del introito vaginal, no constituye esa ilicitud, como lo aduce el Ad quem, máxime cuando el legislador no contempló un punto anatómico a partir del cual se deba tener por estructurado ese comportamiento punible…”[[12]](#footnote-12).

2) Un análisis del testimonio rendido por la ofendida “A.C.G.V.” nos enseña que en momento alguno el Procesado utilizó la violencia o un despliegue de fuerza física para vencer su resistencia, y de esa manera poder manosearla en sus partes privadas, sino que por el contrario de lo atestado por la menor de marras, se avizora que lo que en verdad pasó fue que el acusado se aprovechó la oportunidad de tenerla cargada en sus espaldas para proceder a manosearla.

Es de anotar que la existencia del factor violencia era algo que a la Fiscalía le competía probar plena e indubitablemente en el juicio, debido a que el mismo se erige como un ingrediente esencial para la adecuación típica de los delitos tipificados en los artículos 205 y 206 C.P. en los cuales la violencia es utilizada por el sujeto agente como herramienta esencial para poder vencer la oposición de la víctima o doblegar su voluntad, y así lograr su cometido libidinoso; por lo que es claro que en aquellos eventos en los que para poder sostener un encuentro erótico-sexual no se haya utilizado la violencia, ya sea esta física o moral, podríamos estar en presencia de una conducta atípica o de cualquier otro reato diferente.

Sobre el aludido ingrediente de los delitos de acceso carnal y acto sexual violento, la Corte, de antaño, se ha expresado de la siguiente manera:

“En lo que al primer aspecto se refiere, la Corte ha señalado que el factor de la violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida.

Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia moral.

La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados.

Para efectos de la realización típica de la conducta punible de acceso carnal violento, sin embargo, lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de la violencia empleada por el agresor, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima.

Por ejemplo, cuando el infractor, con el propósito manifiesto de acceder sexualmente a una persona en un lugar despoblado o solitario, le apunta en la cabeza un revólver que ésta no sabe que se encuentra descargado y le dice que si no obedece a sus exigencias le disparará, lo trascendente ante dicha situación no consiste en valorar que se presentó determinado tipo de violencia (que sería moral en este caso), sino que, desde el punto de vista de un espectador inteligente situado al momento de realizarse la acción, la misma resulta suficiente para obtener el resultado típico previsto en la norma (es decir, el acceso carnal sin el consentimiento o aquiescencia de la víctima).

Idéntica situación ocurriría en el evento de que, bajo las mismas condiciones, el sujeto agente no decidiera amenazar a la otra persona con un arma de fuego, sino que procediera a golpearla hasta vencer su resistencia, es decir, a someterla mediante el empleo de la fuerza física.

Es más, dado que la acción constitutiva del delito en comento debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización…”[[13]](#footnote-13).

Ahora bien, se podría decir que: a) Por el hecho de que la menor presentó un sangrado, estaríamos en presencia de un hecho perpetrado mediante el empleo de la violencia física, lo cual no es de recibo, debido a que un análisis del contexto de lo acontecido, se tiene que lo que en verdad pasó fue que al parecer el procesado posiblemente haya actuado con brusquedad cuando llevaba a cabo tales manoseos, aunado a que probablemente, acorde con lo dicho por la médico forense, tenía las uñas largas o callosidades en los dedos, lo que a su vez pudo ocasionar las escoriaciones y los eritemas que a la víctima le encontraron en el examen sexológico que le practicaron; b) Según manifestaciones extraprocesales de la menor, el procesado le tapó la boca, pero es de anotar que ese hecho especifico no se probó en el proceso, debido a que cuando la menor agraviada rindió testimonio no hizo alusión alguna de dicho evento; a lo que se debe sumar que tales manifestaciones extraprocesales de la ofendida en momento alguno fueron utilizadas por las partes como herramienta para impugnar credibilidad o refrescar memoria, por lo que nunca ingresaron válidamente al proceso y en consecuencia no pueden ser apreciadas como *testigo adjunto.*

En suma, si con las pruebas aducidas en el juicio se logró demostrar que el Procesado en momento alguno utilizó la violencia o un despliegue de fuerza física para anular cualquier tipo de resistencia de la víctima ante sus manoseos lujuriosos, los que consistieron en la introducción de los dedos en la vagina de la menor agraviada, sino que por el contrario el acusado se aprovechó de la oportunidad de tener cargada en sus espaldas a la menor para *hacer de las suyas*, es claro que no estamos en presencia del delito por el cual el encausado fue llamado a juicio, sino de un reato diametralmente diferente que eventualmente sería el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, tipificado en el artículo 208 C.P.

Respecto a las diferencias habidas entre los antes aludidos delitos, la Corte, de vieja data, ha expuesto lo siguiente:

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

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

Todo lo antes expuesto nos hace colegir que en el presente asunto se incurrió en una errónea calificación jurídica dada a los hechos que fueron objeto de la acusación, lo que generó unas catastróficas consecuencias en contra de las pretensiones del Ente Acusador, el cual no pudo demostrar plenamente uno de los requisitos exigidos por el articulo 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, que en el caso *subexamine* sería el reato de acto sexual violento, debido a que las pruebas practicadas en el juicio oral, si bien eran indicativas de demostrar la ocurrencia de un delito atentatorio contra la libertad sexual, dicho reato resultó ser uno completamente distinto a aquel por el cual el acriminado fue acusado: actos sexuales con menor de 14 años.

Dicha situación tan peculiar ha generado una especie de incongruencia entre la acusación y lo acreditado probatoriamente en el juicio oral, lo que conspiraría de manera negativa para que el fallador de instancia pudiera llegar a ese absoluto grado de conocimiento que se requiere como necesario para poder edificar un fallo condenatorio, puesto que en su psiquis 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.

Por lo tanto, la consecuencia procesal que generaría una vulneración del principio de la congruencia en aquellos eventos en los que en el juicio se demuestre un delito completamente diferente de aquel que fue objeto de la acusación, siempre y cuando no sea posible acudir a la medida extrema de la variación de la calificación jurídica por parte del Juez del Conocimiento[[15]](#footnote-15), es que con tal dislate se germinaría la semilla de la duda razonable, la cual tiene que ser capitalizada 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. lo que a su vez implicaría que en favor del acusado se debe proferir un fallo absolutorio, como bien lo ha admitido la Corte en los siguientes términos:

“En el caso que ocupa la atención de la Sala, resulta ostensible que no todos los presupuestos reseñados se satisfacen, pues es evidente que la fiscalía mantuvo la imputación fáctica y jurídica tal como la propuso en la audiencia de formulación de acusación, es decir, que siempre aseguró que los procesados desplegaron actos encaminados a poner a la ofendida en incapacidad de resistir y nunca le pidió al juez de conocimiento que fallara por un comportamiento punible diferente. **Lo anterior era ya más que suficiente para que el juez no pudiera hacer cosa distinta a absolver por la conducta acusada, si apreciaba que la fiscalía no le trajo el convencimiento necesario para condenar**…”[[16]](#footnote-16).

A modo de corolario, la Colegiatura es de la opinión que como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada los hechos por parte del Ente Acusador, en el fallo opugnado se incurrió en una vulneración del principio de la congruencia, lo que implicaba que el Procesado debió ser merecedor de una sentencia absolutoria en aplicación en su favor de los postulados que orientan el principio del *“in dubio pro reo”.*

**- Conclusiones:**

A modo de corolario, considera la Colegiatura que en el fallo opugnado no se incurrieron en la gran mayoría de los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante, debido a que el *A quo* al momento de la valoración del acervo probatorio estuvo atinado en el grado de credibilidad que le concedió a los testimonios rendidos por los menores “A.C.G.V.” y “K.A.A.Z.”. De igual forma, si bien es cierto que el Juez de primer nivel no justipreció los testimonios rendidos por los Sres. MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE, por parte de los Sres. ERIKA VARGAS OSORIO; XIMENA VERGARA GUTIÉRREZ; CARLOS ANDRÉS QUINTERO; ADRIANA ÁLZATE RAMÍREZ y SANDRA MILENA VARGAS GUTIÉRREZ, tal yerro resultaba inocuo frente a lo resuelto y decidido en el fallo opugnado, porque, como bien lo pudo demostrar la Sala, en el evento en el que el *A quo* hubiera valorado esas pruebas, de todas formas las mismas no minaban la credibilidad de lo declarado por los menores “A.C.G.V.” y “K.A.A.Z.” respecto al comportamiento libidinoso endilgado en contra del Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE.

Finalmente, considera la Colegiatura que la orientación sexual del Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO, como miembro de la comunidad *“L.G.B.T.I.”,* no necesariamente se erigía en obstáculo que le impidiera manosear las partes pudendas de la menor agraviada.

Pero, igualmente la Colegiatura no puede desconocer que en el presente asunto tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia como consecuencia de la errónea calificación jurídica dada a los hechos por parte de la Fiscalía, lo que a su vez generó un estado de dudas probatorias que debieron ser capitalizadas en favor del acusado, como bien lo ordena el aludido principio del *in dubio pro reo*.

Siendo así las cosas, al no satisfacerse los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. la Sala revocará el fallo confutado y en consecuencia absolverá al Procesado MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE de los cargos por los cuales fue llamado a juicio y se pregonó su compromiso penal. Asimismo, como quiera que en la actualidad el aludido Procesado se encuentra detenido, se ordenara su inmediata liberación, salvo claro está, que se encuentre privado de la libertad por órdenes de cualquier otra autoridad jurisdiccional.

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,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del dieciocho (18) de marzo del 2.014, en la cual se declaró la responsabilidad penal del Procesado **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE** por incurrir en la comisión del reato de acto sexual violento agravado.

**SEGUNDO:** En consecuencia de lo anterior se **ABSUELVE** al Procesado **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE** de los cargos por los cuales en el presente asunto fue llamado a juicio por parte del Ente Acusador

**TERCERO: ORDENAR** la inmediata liberación del Procesado **MIGUEL ÁNGEL COLORADO ÁLZATE**, salvo que se encuentre privado de la libertad por órdenes de cualquier otra autoridad jurisdiccional.

**CUARTO: DECLARAR** que contra de la presente decisión de 2ª instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**Magistrado**

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

**Magistrado**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

**Magistrado**

1. Que vendría siendo el mismo juego conocido como *“El Caballito”.*  [↑](#footnote-ref-1)
2. Tal descripción que hemos hecho del juego llamado “tun-tun” se desprende del testimonio rendido por el menor “K.A.A.Z.”. [↑](#footnote-ref-2)
3. Es de anotar que dicha testigo tiene nexos de parentesco con las también testigos ERIKA VARGAS OSORIO, XIMENA VERGARA GUTIÉRREZ [↑](#footnote-ref-3)
4. Como fuente de esta afirmación, la encontramos en el videoclip de la canción *“I want to break free”*. [↑](#footnote-ref-4)
5. Para mayor información sobre los perfiles de este personaje, y de otros de similar ralea, tales como LUIS ALFREDO GARAVITO CUBILLOS, se puede consultar el libro del profesor ESTEBAN CRUZ NIÑO: *«Los monstruos en Colombia sí existen. Asesinos en serie».* Editado por la editorial Grijalbo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver registros # 02:00 al 03:20. [↑](#footnote-ref-6)
7. La fuente de estas afirmaciones la encontramos en lo atestado por el perito psicólogo JORGE OLMEDO CARDONA. [↑](#footnote-ref-7)
8. El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba *«le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico»*. [↑](#footnote-ref-8)
9. El cual se encuentra consagrado en el artículo 448 C.P.P. [↑](#footnote-ref-9)
10. Las excepciones a dicha regla general se presenta en aquellos eventos en los cuales el Juez Cognoscente puede proferir una sentencia por un delito diferente de aquel que fue objeto de la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación, siempre y cuando en el fallo no se desconozca el núcleo factico de la acusación y que la nueva calificación jurídica por su punibilidad sea más favorable a los intereses del Procesado. (Sentencia del 22 de febrero de 2.017. SP2390-2017 Rad. # 43041). [↑](#footnote-ref-10)
11. Al respecto se puede consultar, entre otras, las sentencias del: 27 de julio de 2007. Rad. # 26468; 30 de mayo de 2.007. Rad. # 26588; 28 de octubre de 2.009. Rad. # 32192; 3 de junio de 2009. Rad. # 28649; 16 de marzo de 2011. Rad. # 32685; 21 de marzo de 2.012. Rad. # 38256. [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 25 de enero de 2.017. SP666-2017. Rad. # 41948. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA. [↑](#footnote-ref-12)
13. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 23 del 2008. Rad. # 20413. M.P. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Sentencia del 8 de marzo de 1.988. Proceso # 2037. MP. GUILLERMO DUQUE RUIZ. [↑](#footnote-ref-14)
15. Lo cual no es posible, por no darse los requisitos jurisprudenciales requeridos para la variación de la calificación jurídica, debido a que en los delitos de marras, además de estar consignados en el Código Penal en capítulos diferentes, lo que implicaría una variación del núcleo factico de la acusación, el reato de acto sexual violento es de mayor entidad punitiva por ser reprimido con una pena mayor que aquella con la que es sancionado el delito actos sexuales con menor de 14 años. Al respecto se pueden consultar entre otros los siguientes proveídos proferidos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 16 de marzo dieciséis de 2.011. Rad. # 32685; Providencia del 27 de junio de 2012. Rad. # 32650; Sentencia del 22 de febrero de 2.017. SP2390-2017 Rad. # 43041. [↑](#footnote-ref-15)
16. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de junio de 2009. Rad. # 28649. M.P. JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS. (Negrillas fuera del texto). [↑](#footnote-ref-16)