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 respectiva Secretaría.

**TEMAS: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ENTRE LA ACUSACIÓN Y LA SENTENCIA / IDENTIDAD ENTRE LOS HECHOS DEMOSTRADOS Y LA CALIFICACIÓN JURÍDICA QUE SE LES DÉ / NO INCLUYE LA PETICIÓN EXPRESA DE LA FISCALÍA PARA QUE SE CONDENE AL PROCESADO / HOY DÍA NI SIQUIERA LA SOLICITUD DE ABSOLUCIÓN DE LA FISCALÍA OBLIGA AL JUEZ.**

… el principio de congruencia en materia procesal penal se encuentra consagrado en el artículo 448 C.P.P. y hace parte de ese cúmulo 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 demostrados en el proceso y la calificación jurídica dada a los mismos, lo que quiere decir que los cargos formulados en la acusación, en su contexto factico-normativo, deben ser los mismos o afines a aquellos por los 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. (…)

Estando claro en que consiste el principio de la congruencia y cuando puede tener lugar su vulneración, de igual manera la Sala no puede pasar por alto que en un pasado reciente a nivel jurisprudencial y doctrinal estuvo en boga la tesis de la teoría del trípode, la que consistía en que dicho principio se pregonaba de la consonancia que debía existir entre la acusación, la petición de condena y la sentencia…

Pero es de anotar que dicha línea de pensamiento varió a partir de la sentencia del 25 de mayo de 2.016. SP6808-2016. Rad. # 43837 , en la cual se expuso que al no existir en nuestro ordenamiento jurídico procesal la figura del retiro de los cargos, la petición de absolución de la Fiscalía no obliga al Juez del Conocimiento, quien válidamente podía dictar una sentencia en contra de lo deprecado en tal sentido por el Ente Acusador, y en consecuencia en momento alguno se incurriría en una vulneración del principio de la congruencia, el cual solo se debía pregonar de la consonancia que debía existir entre la acusación y la sentencia, por cuanto la petición de condena formulada por la Fiscalía debía ser entendida como un simple y mero acto de postulación efectuado por una de las partes del proceso. (…)

En suma, lo dicho hasta ahora es suficiente para concluir que son atinados los reproches que el apelante ha formulado en contra del fallo confutado, porque pese a que en verdad es cierto que en lo que atañe con la declaratoria de la responsabilidad criminal del acusado, la Fiscalía no fue muy clara ni precisa en sus alegatos de cierre, de igual manera el Juzgado A quo no podía escudarse en un tecnicismo para considerar de manera errada, acorde con la concepción que para ese entonces se tenía sobre el principio de la congruencia, que no podía dictar una sentencia de condena en contra del acusado por haberse presentado el fenómeno de la declinación del ejercicio de la acción penal por parte del representante del Ente Acusador, lo cual, como bien lo pudo demostrar la Colegiatura, a lo largo y ancho del presente proveído, nunca tuvo ocurrencia.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 686 del 1º de agosto de 2019. H: 2:00 p.m.

Pereira, dos (02) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:03 p.m.

Procesado: LHOG

Delito: Actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años

Radicación # 66088-60-00062-2012-00104-01

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Apelación interpuesto en contra de sentencia absolutoria.

Temas: Declinación de la acusación y principio de congruencia

Decisión: Revoca fallo confutado y declara la responsabilidad criminal del acusado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía el 12 de marzo del 2015, en la cual se absolvió al procesado **LHOG** de los cargos endilgados en su contra por parte de la Fiscalía General de la Nación, (FGN), por presuntamente incurrir en la comisión del reato de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se dice que los hechos ocurrieron en horas de la mañana del 14 de febrero de 2.012 en el interior de un inmueble, en donde funciona una especie de bodega, ubicado en la Cra. 9ª # 8-14 del municipio de Belén de Umbría, y están relacionados con un atentado que supuestamente fue perpetrado por el ciudadano LHOG, de 49 años de edad, en contra de la libertad, integridad y formación sexuales de la menor *“C.D.P.C”*, de 12 años de edad para ese entonces.

Según se extrae del libelo acusatorio, para esas calendas el Sr. LHOG, conocido como *“Pelusa”,* acudió a la casa de los abuelos paternos de la menor *“C.D.P.C”*, ubicada en Cra. 9 # 8-13, en el sector conocido como *“La Guaca”*, preguntando por el abuelo de la menor de marras, pero como quiera que en esos momentos la persona por quien indagaba no se encontraba en su domicilio, el Sr. LHOG se tranzó en un diálogo con la Sra. MARÍA ALIRIA FRANCO DE PULGARIN, abuela de la menor *“C.D.P.C”*, a quien le ofreció regalarle unas manzanas, lo que a su vez suscitó que la joven acompañara a *“Pelusa”* hacia el deposito en donde tenían guardadas las frutas.

Una vez que llegaron a dicho sitio, el Sr. LHOG invitó a la adolescente *“C.D.P.C”* para que ingresara al mismo, y cuando ambos estuvieron adentro, de manera sorpresiva procedió a abrazarla y a besuquearla en diferentes partes del cuerpo, entre ellas los senos; como pudo la joven logró huir de ese sitio para luego ir hacia donde su abuela, MARÍA ALIRIA FRANCO, para informarle de lo acontecido, la cual a su vez procedió a impetrar la correspondiente denuncia penal en contra de LHOG.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 18 de julio de 2.013, ante el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Belén de Umbría, con funciones de control de garantías, en las que además de legalizarse la captura del entonces indiciado LHOG, también se le endilgaron cargos por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos agravado con menor de 14 años, consagrado en los artículos 209 y 211, # 2º, C.P. En dichas vistas públicas al Procesado se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva.
2. La Defensa se alzó en contra de la providencia con la cual se le definió la situación jurídica del Procesado LHOG con medida de aseguramiento de detención preventiva; siendo ese recurso desatado por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría mediante providencia del 13 de agosto del 2.013, mediante la cual el *Ad quem* revocó la medida de aseguramiento, liberó al Procesado y anuló parte de la actuación procesal.
3. Al rehacerse las audiencias preliminares en las calendas del 12 de septiembre del 2.013, el Juzgado de Control de Garantías del municipio de Belén de Umbría nuevamente procedió a definir la situación jurídica del Procesado LHOG con la medida de aseguramiento de detención preventiva, lo cual fue objeto de un recurso de apelación que posteriormente fue confirmado por el *Ad quem.*
4. El escrito de acusación data del 4 de octubre de 2.013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, cuyo titular se declaró impedido por haber fungido como Juez *Ad quem* en sede de control de garantías, razón por la que el conocimiento del proceso lo asumió el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía.
5. La audiencia de acusación se celebró el 9 de diciembre de 2.013, en la cual al Procesado LHOG le fueron enrostrado cargos en términos similares a los establecido en la formulación de la imputación, o sea por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos agravado con menor de 14 años, consagrado en los artículos 209 y 211, # 2º, C.P.
6. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el día 24 de febrero de 2.014, mientras que la audiencia de juicio oral tuvo lugar en sesiones celebradas los días 17 de junio de 2.014; 11 de septiembre de 2.014 y 30 de enero de 2.015. Agotada las fases del debate probatorio y de las alegaciones, se anunció el sentido del fallo el que resultó ser de carácter absolutorio y en consecuencia se ordenó la inmediata libertad del Procesado LHOG.
7. En las calendas del 12 de marzo del 2.015, se dictó la sentencia en la cual se absolvió al Procesado LHOG de los cargos endilgados en su contra por parte de la FGN. En contra de dicho fallo se alzó el Fiscal Delegado, quien procedió a sustentar la alzada oralmente.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Quinchía en las calendas del doce (12) de marzo del 2.015, en la cual se absolvió al Procesado LHOG de los cargos endilgados en su contra por parte de la FGN, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del reato de actos sexuales abusivos agravado con menor de 14 años.

Para poder proferir el fallo absolutorio, el Juzgado de primer nivel adujo que como consecuencia de la actitud asumida en el juicio por parte del representante del Ente Acusador, quien no deprecó por la declaratoria de la responsabilidad criminal del acusado, no se podía proferir un fallo de condenada en contra del Procesado LHOG por haberse presentado una vulneración del principio de la congruencia y del derecho a la defensa.

Los argumentos esbozados en el fallo confutado pueden ser sintetizados de la siguiente forma:

* Para poder proferir una sentencia condenatoria, a la Fiscalía le asiste la obligación de calificar jurídicamente la conducta punible y de hacer en sus alegatos conclusivos una solicitud expresa de condena, porque de condenarse en aquellos eventos en los cuales no se cumplan con tales presupuestos, se violaría el principio de congruencia y el derecho a la defensa.
* Al Procesado lo acusaron por incurrir en la presunta comisión del delito de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, pero la Fiscalía durante su intervención al momento de los alegatos finales no calificó jurídicamente la conducta ni hizo una solicitud expresa para que el acusado fuera condenado por ese reato.

Por otra parte, en el fallo opugnado el Juzgado de primer nivel adujo que las pruebas habidas en el proceso demostraban que en efecto la menor agraviada fue víctima de un atentando en contra de su integridad sexual, pero que discrepaba del agravante especifico que le fue enrostrado al acusado, lo que a su vez dejaba sin fundamento la teoría propuesta por la Defensa sobre una supuesta errónea calificación jurídica dada a los hechos, los que supuestamente se adecuaban en el delito de injurias por vías de hecho, lo que en momento alguno obtenía eco de las pruebas debatidas en el juicio, las cuales demostraban que se estaba en presencia de un evento libidinoso.

**LA APELACIÓN:**

La discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada se fundamentó en proponer la tesis consistente en que si bien es cierto que la Fiscalía en sus alegatos de conclusión de manera expresa no pidió la condena del Procesado LHOG, de igual manera dicha falencia en momento alguno generó una vulneración del principio la congruencia, por cuanto tal irregularidad no desconocía lo acontecido en el juicio desde un inicio, en donde se tiene que la actitud asumida por la Fiscalía siempre estuvo orientada a que se declarara la responsabilidad criminal del Procesado por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, como bien se desprende de: a) La teoría del caso propuesta por la Fiscalía, en la que se comprometió en que iba a demostrar, con las pruebas que allegaría al juicio, la responsabilidad criminal del acusado; b) Lo dicho por la Fiscalía en sus alegatos y réplicas, lo cual estaba encaminado a refrendar el compromiso penal endilgado en contra del Procesado.

De igual manera, el apelante adujo que el Juzgado de primer nivel mal interpreto lo que dijo en sus alegatos de conclusión cuando expuso «*que dejaba a criterio de la Jueza tomar la decisión que consideraba pertinente»*, lo cual estaba relacionado con el análisis que se tenía que hacer del caudal probatorio, de conformidad con lo reglado en los artículos 404 y 432 C.P.P.

Finalmente el apelante adujo que lo acontecido fue una irregularidad que en nada contrariaba las aspiraciones punitivas del Ente Acusador, por lo que tal irregularidad debía ser considerada como una simple y mera formalidad que en momento alguno podía prevalecer sobre lo sustancial.

Con base en lo anterior, el recurrente solicitó la revocatoria del fallo opugnado y que en consecuencia que se declarara la responsabilidad criminal del Procesado LHOG acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio.

**LAS RÉPLICAS:**

Durante el término del traslado para fungir como no recurrente, la Defensa, al ejercer su derecho de réplica, rechazó la tesis de la discrepancia propuesta por el apelante y en consecuencia clamó por la confirmación del fallo opugnado, al aducir que el Juzgado *A quo* estuvo atinado cuando fundamentó la absolución del Procesado LHOG con base en una vulneración del principio de la congruencia en la que incurrió el Ente Acusador en sus alegatos conclusivos al no deprecar de manera expresa la condena del acusado.

Dijo el apelante que no tenía pies ni cabeza el recurso de alzada interpuesto por la Fiscalía, lo que a su vez ha generado una inseguridad jurídica en contra de los intereses del encausado, por cuanto la Fiscalía con la alzada lo único que pretende de manera tardía es excusarse respecto de todo aquello que quiso decir y no dijo en sus alegatos finales de conclusión, en los cuales no precisó lo que en verdad quería.

**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 Promiscuo 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:

¿Tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia como consecuencia de la actitud procesal asumida por la Fiscalía, quien en sus alegatos conclusivos no deprecó de manera expresa una petición de condena del acusado, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio?

¿Pese a lo acontecido en el proceso como consecuencia de la desaguisada y poca ortodoxa intervención de la Fiscalía en la fase de alegatos de conclusión, se cumplían con los requisitos necesarios para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado LHOG, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio, o si por el contrario lo que hubo por parte de la Fiscalía fue una tácita declinación del ejercicio de la acción penal?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que la vulneración del principio de la congruencia se constituye en el eje central en el cual gira la problemática surgida en el presente asunto, la Sala considera relevante hacer un breve y somero estudio de dicho principio, para de esa forma poder determinar si en efecto en el caso *subexamine* tuvo o no ocurrencia una vulneración del principio de marras, como consecuencia de la falta de precisión en las peticiones deprecadas por el Ente Acusador en sus alegatos de conclusión.

Acorde con lo anterior se tiene que el principio de congruencia en materia procesal penal se encuentra consagrado en el artículo 448 C.P.P. y hace parte de ese cúmulo 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 demostrados en el proceso y la calificación jurídica dada a los mismos, lo que quiere decir que los cargos formulados en la acusación, en su contexto factico-normativo, deben ser los mismos o afines a aquellos por los 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.

En tal sentido, sobre en qué consiste el principio de marras y cuando tiene lugar su conculcación, la Corte se ha expresado de la siguiente manera:

“La norma, que regula el principio de congruencia, exige que esta se presente desde una doble connotación: la fáctica (hechos) y la jurídica (delitos), de tal forma que se vulnera la consonancia cuando se condena (i) por hechos o por delitos distintos a los precisados en la acusación, (ii) por un delito del cual nunca se hizo mención fáctica ni jurídica en la acusación, (iii) por un delito deducido en la acusación, pero el juez deduce una circunstancia de mayor punibilidad no precisada en aquella, y, (iv) el juez desconoce una circunstancia de atenuación deducida en la acusación (sentencia del 29 de junio de 2006, radicado 24.529).

**La consonancia entre acusación y fallo debe estar dada en relación con lo personal -partes e intervinientes-, lo fáctico -hechos y circunstancias- y lo jurídico -modalidad delictiva-, de tal forma que la ausencia de identidad sobre tales aspectos impide proferir fallo de condena y el juzgador no puede extralimitar su actuación más allá de ese marco jurídico y fáctico propuesto por la Fiscalía** (sentencia del 15 de mayo de 2008, radicado 25.913).

En ese contexto, el juicio y la sentencia deben circunscribirse a los lineamientos fácticos y jurídicos precisados en ese acto complejo acusatorio. Por tanto, los hechos y los delitos fijados por la Fiscalía vinculan al juzgador…”[[1]](#footnote-1).

Estando claro en que consiste el principio de la congruencia y cuando puede tener lugar su vulneración, de igual manera la Sala no puede pasar por alto que en un pasado reciente a nivel jurisprudencial y doctrinal estuvo en boga la tesis de la teoría del *trípode*, la que consistía en que dicho principio se pregonaba de la consonancia que debía existir entre la acusación, la petición de condena y la sentencia[[2]](#footnote-2); lo cual a su vez dio lugar a la llamada teoría de *la declinación del ejercicio de la acción penal*[[3]](#footnote-3)*,* la cual pregonaba que para no contrariar el principio de congruencia en lo que tenía que ver con la aludida trípode, *la petición de absolución de la Fiscalía obligaba al Juez de la Causa, por cuanto tal petición implicaba un retiro de los cargos o un decaimiento del ejercicio de la acción penal por parte del titular de la misma, o sea la Fiscalía General de la Nación*.

Pero es de anotar que dicha línea de pensamiento varió a partir de la sentencia del 25 de mayo de 2.016. SP6808-2016. Rad. # 43837[[4]](#footnote-4), en la cual se expuso que al no existir en nuestro ordenamiento jurídico procesal la figura del retiro de los cargos, la petición de absolución de la Fiscalía no obliga al Juez del Conocimiento, quien válidamente podía dictar una sentencia en contra de lo deprecado en tal sentido por el Ente Acusador, y en consecuencia en momento alguno se incurriría en una vulneración del principio de la congruencia, el cual solo se debía pregonar de la consonancia que debía existir entre la acusación y la sentencia, por cuanto la petición de condena formulada por la Fiscalía debía ser entendida como un simple y mero acto de postulación efectuado por una de las partes del proceso.

Para una mejor comprensión de las razones por las cuales la Corte decidió variar su línea de pensamiento, considera la Sala de utilidad traer a colación lo que esa Alta Corporación dijo sobre ese tópico:

“Precisado que para establecer si se ha desconocido el principio de congruencia no es necesario tener en cuenta la petición elevada por la Fiscalía en el alegato de cierre, pues ésta, como la de los restantes intervinientes en ese escenario, constituye una simple solicitud, de esto se sigue que igualmente el hecho de que el Fiscal haya guardado silencio en aquel momento sobre si pide absolución o condena frente a uno o varios de los delitos por los cuales se formuló acusación, resulta intrascendente frente al principio anotado, en tanto se erige como una simple expresión del poder de postulación, toda vez que el parámetro de comparación lo constituye el acto complejo de la acusación que se encuentra integrado por el escrito que la contiene y la formulación de la misma, acto que en el caso particular efectivamente se realizó válidamente.

Por tanto, pierde toda pertinencia la conclusión según la cual, el silencio de la Fiscalía en el alegato final en relación con determinada conducta punible que haya sido objeto de acusación deriva en una sentencia absolutoria…..”[[5]](#footnote-5).

De lo hasta ahora dicho, la Sala válidamente puede llegar a las siguientes conclusiones:

* Inicialmente se consideraba que el principio de congruencia consistía en la triple consonancia que debía existir entre la acusación, la petición de condena deprecada por el Ente Acusador y la sentencia.
* En aquellos eventos en los cuales la Fiscalía impetraba la absolución del Procesado, o no hacía nada en tal sentido, tal petición tenía efectos vinculantes para el Juez de Conocimiento, quien estaba obligado en acatarla para no contrariar esa concepción habida sobre el principio de la congruencia.
* A partir de la sentencia del 25 de mayo de 2.016. SP6808-2016. Rad. # 43837, tal criterio fue revalidado, y se llegó a la conclusión consistente en que el principio de la congruencia solo se podía pregonar de la concordancia que debía existir entre la sentencia y los cargos endilgados al Procesado en la acusación. Lo cual implicaba que la solicitud de absolución del acusado deprecada por parte del Ente Acusador no maniataba ni obligaba a la Judicatura, por ser dicha petición un simple y mero acto de parte.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, se tiene que la realidad procesal nos señala que no fue la mejor ni la más ortodoxa la intervención de la Fiscalía en sus alegatos de cierre, en los cuales no deprecó de manera clara y expresa por la condena o por la declaratoria de la responsabilidad penal del acusado cuando en su intervención final, después de formularle una serie de críticas a la teoría del caso propuesta por la Defensa relacionada con la errónea calificación jurídica dada a los hechos[[6]](#footnote-6), y de alegar que al Procesado se le desvirtuó la presunción de inocencia, a modo de conclusión adujo lo siguiente:

“Dejo a su criterio la decisión que considere, teniendo en cuenta los argumentos antes mencionados, y teniendo en cuenta que son unos delitos bastantes complejos, toda vez que son los delitos denominados por la jurisprudencia como delitos complejos o realizados a puerta cerrada…..”[[7]](#footnote-7).

Pese a los tumbos del Ente Acusador en sus alegatos de clausura, de igual manera en momento alguno la Fiscalía con su errática intervención dio a entender o a comprender que de manera expresa clamaba por la absolución del Procesado LHOG, lo cual nunca sucedió por cuanto si nos atenemos a lo acontecido en el curso del proceso, de bulto se apreciaba que la actitud procesal asumida por la Fiscalía desde un principio siempre estuvo encaminada en propender por la declaratoria de la responsabilidad criminal del acusado; tanto es así que de las diversas intervenciones del Ente Acusador se desprendía lo claro que fue en aseverar que *de las pruebas debatidas en el juicio se infería la ocurrencia de la conducta perpetrada por el Procesado, la que estaba relacionada con realizar actos libidinosos en contra de la menor ofendida*[[8]](#footnote-8).

Ahora, si a lo anterior le aunamos que cuando estaba en boga la teoría de la declinación de los cargos por parte de la Fiscalía, de igual forma no podemos desconocer que para la procedencia de la misma se requería una petición expresa de absolución por parte del Ente Acusador, o que como consecuencia de su actitud procesal se coligiera de manera indubitable su desinterés por ejercer la titularidad de la acción penal[[9]](#footnote-9); lo cual nos indicaría que tal teoría no sería factible en aquellos eventos en los que del comportamiento asumido por la Fiscalía, de manera indubitable se desprende que desde un principio hasta el fin dicho sujeto procesal estuvo interesado en procurar por la responsabilidad criminal del acusado.

Lo antes expuesto nos quiere decir que en el presente asunto mal hizo el Juzgado de primer nivel al aplicar de manera errada la teoría del decaimiento de la acción penal, porque pese a ser cierto que el desempeño de la Fiscalía no fue el mejor en la fase de alegatos de conclusión, de igual manera no se podía interpretar que la Fiscalía en momento alguno, como consecuencia de su errática intervención, retiró los cargos endilgados en contra del Procesado LHOG, ya que pensar de tal forma seria como incurrir en una falacia que no se compadecía en nada con el comportamiento procesal asumido por dicho sujeto procesal en el devenir del juicio, quien, como bien lo pudo demostrar la Sala, desde un principio procuró porque se declarara la responsabilidad criminal del acusado.

Es más, lo que entiende la Sala de lo acontecido en el presente asunto es que el Juzgado *A quo* de manera desaguisada acudió a un tecnicismo, o más bien a una mera formalidad, que podía ser enmendada con la aplicación de la norma rectora del articulo 27 C.P.P. y lo reglado en el artículo 28 de la Carta, el que en unos de sus apartes pregona que en las actuaciones llevadas a cabo por la Administración de Justicia, *«prevalecerá el derecho sustancial»*; lo que por desgracia no sucedió en el presente asunto, por cuanto por parte del Juzgado de primer nivel se invirtió esa regla constitucional al darle prelación a un tecnicismo sobre lo sustancial, el que nos indicaba que la Fiscalía, como consecuencia de sus erráticos alegatos de conclusión, en momento alguno había declinado del ejercicio de la acción penal.

En suma, lo dicho hasta ahora es suficiente para concluir que son atinados los reproches que el apelante ha formulado en contra del fallo confutado, porque pese a que en verdad es cierto que en lo que atañe con la declaratoria de la responsabilidad criminal del acusado, la Fiscalía no fue muy clara ni precisa en sus alegatos de cierre, de igual manera el Juzgado *A quo* no podía escudarse en un tecnicismo para considerar de manera errada, acorde con la concepción que para ese entonces se tenía sobre el principio de la congruencia, que no podía dictar una sentencia de condena en contra del acusado por haberse presentado el fenómeno de la declinación del ejercicio de la acción penal por parte del representante del Ente Acusador, lo cual, como bien lo pudo demostrar la Colegiatura, a lo largo y ancho del presente proveído, ***nunca tuvo ocurrencia***.

Superado el escollo relacionado con la supuesta vulneración del principio de la congruencia, acorde con los reclamos del recurrente y de lo dicho por el no apelante, procede la Colegiatura a verificar si las pruebas allegadas al proceso cumplen o no con los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado LHOG, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio por parte de la FGN.

Frente a lo anterior, la Sala desde ya dirá que el acervo probatorio si cumple con tales requisitos por lo siguiente:

* No existe duda alguna que los hechos sucedieron en el mundo fenomenológico, tanto es así que la ocurrencia de los mismos ha sido aceptada por la Defensa cuando propuso la tesis consistente de la errónea calificación jurídica, de lo que se desprende que la Defensa admitía que en efecto el Procesado besuqueó y manoseó a la menor agraviada, pero consideraba que tal evento no se adecuaba en el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, sino en el reato de injurias por vías de hecho.

Tal teoría de la errónea calificación jurídica no puede ser aceptada por la Colegiatura, porque si nos atenemos a la realidad de lo acontecido, se desprende que cuando una persona manosea o besuquea a otra en sus zonas erógenas, tales como los senos, los labios, los genitales o las nalgas, no lo hace con el malsano propósito de afectar su integridad moral sino para satisfacer su concupiscencia o su libido, si partimos de la base consistente en que con la manipulación de las zonas erógenas se busca como resultado la excitación erótico-sexual.

* Existen pruebas que comprometen seriamente la responsabilidad criminal del acusado, entre las cuales descolla el testimonio rendido por la adolescente *“C.D.P.C”*, quien adujo que conoce al Proceso LHOG, el cual responde por el remoquete de *“Pelusita”,* por cuanto ese sujeto trabajaba con su abuelo. Sobre lo sucedido, expuso que el día de los hechos cuando Ella se encontraba de visita en la casa de sus abuelos, dicho fulano se presentó a ese lugar preguntando por su abuelo, y como su ascendiente no estaba, dialogó con su abuela, a quien le ofreció regalarle unas manzanas. Su abuela le dijo que fuera con (a) *“Pelusita”* al depósito en donde se guardaban dichas frutas, y al llegar a dicho sitio, el sujeto de marras le pidió que le diera un beso en el cachete porque dizque estaba muy linda, y que después de que le dijo que escogiera las manzanas, cerró las puertas, y ahí fue cuando la abrazó y procedió a besuquearla en los senos.
* Los dichos de la menor ofendida se encuentran corroborados, entre otros, por los testimonios absueltos por: a) LUIS ANÍBAL PULGARIN, abuelo de la adolescente, quien adujo que conocía desde hace más de 12 años al Procesado, con quien entabló una amistad porque ambos se dedican al expendio callejero de frutas. Respecto de los hechos, adujo que se enteró de los mismos cuando llegó a su casa por boca de su cónyuge y de su nieta, a quien vio bastante asustada, razón por la cual habló con su amigo, quien le dijo que no le quiso hacer daño a la niña y le expresó su arrepentimiento; b) MARÍA ALBERTINA MONTOYA, abuela de la adolescente, quien expuso que su nieta ese día le pidió permiso para ir a visitar a sus abuelos paternos, y que al rato la vio regresar toda azorada, sumida en llantos y desesperada, y al preguntarle por lo que le pasaba, su nieta le comentó lo que le sucedió con (a) *“Pelusita”*. De igual manera, la testigo adujo que se dio cuenta que su nieta tenía como mojada las prendas de vestir a la altura de los senos.

En suma, el testimonio absuelto por la joven *“C.D.P.C”* merece la total y absoluta credibilidad de la Sala, por cuanto la adolescente, sin incurrir en contradicciones, narró de manera hilvanada, lógica y coherente lo acontecido. A lo que se le debe aunar que sus dichos, de una u otra forma, han sido corroborados periféricamente por las atestaciones absueltas por los testigos LUIS ANÍBAL PULGARIN y MARÍA ALBERTINA MONTOYA.

Siendo así las cosas, se puede concluir que la Fiscalía con las pruebas allegadas al proceso pudo demostrar de manera indubitable que en efecto el procesado LHOG, con la intención de satisfacer su lujuria, manoseó y besuqueó en sus partes pudendas a la menor *“C.D.P.C”.*

**- Conclusiones:**

De todo lo dicho a lo largo y ancho del presente proveído, la Sala es de la opinión que en el presente asunto nunca tuvo ocurrencia una vulneración del principio de la congruencia, por lo que el Juzgado de primer nivel estaba habilitado para poder proferir un fallo de condena en contra del Procesado LHOG, por cuanto las pruebas allegadas al proceso satisfacían a cabalidad los requisitos exigidos por el articulo 381 C.P.P. para proceder en tal sentido.

Siendo así las cosas, la Sala revocará el fallo opugnado, para en su lugar declarar la responsabilidad criminal del Procesado LHOG por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años tipificado en el artículos 209 C.P. pero no aplicará en contra del declarado penalmente responsable las circunstancias específicas de agravación punitiva consagradas en el numeral 2º del articulo 211 ibídem, porque la Sala es de la opinión que la Fiscalía se equivocó al enrostrarle al encausado tales agravantes punitivas, ya que si la razón de las mismas radica en el mayor juicio de reproche que surge de ciertas circunstancias que le facilitan al sujeto agente el poder perpetrar con mayor ventaja el ilícito como consecuencia del abuso o aprovechamiento de las relaciones de confianza, subordinación, consanguinidad, etc… que sostenga con la víctima, es obvio que debe existir una especie de relación de causalidad en virtud de la cual el abuso de las condiciones de autoridad o de confianza se constituyan en el factor determinante para la ocurrencia de los hechos. Lo cual brilla por su ausencia en el presente asunto, porque de un análisis de los medios de conocimiento habidos en el proceso, se desprende que el Procesado nunca jamás tuvo una posición de prevalencia sobre la víctima ni una relación de confianza sobre Ella, por cuanto Él era un amigo del abuelo paterno de la ofendida, a quien veía ocasionalmente. Aunado a que lo acontecido fue algo coyuntural que no fue producto de ningún abuso de la confianza que la víctima le tenía al Procesado, pues recordemos que la ofendida estuvo en el sitio en donde ocurrieron los hechos, no porque confiara en el acusado, sino por hacerle un favor a su abuela quien le pidió que fuera en busca de las manzanas que dicho fulano les prometió regalar.

Como consecuencia de la declaratoria que en sede de segunda instancia se ha hecho del compromiso penal endilgado en contra del Procesado LHOG, le corresponde ahora a la Colegiatura tasar las penas a imponer, para lo cual tendrá en cuenta que el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, tipificado en el artículo 209 C.P. es sancionado con una pena de 9 a 13 años de prisión. Por lo que al aplicar el sistema de cuartos, al observar que en contra del Procesado no se endilgaron circunstancias de mayor punibilidad y como quiera que en su favor existe la circunstancia de menor punibilidad de la carencia de antecedentes penales, acorde con lo reglado en el inciso 2º del artículo 61 del C.P. la Sala partirá de los cuartos mínimos de punibilidad, los cuales oscilan entre una pena de 9 a <10 años de prisión.

Ahora, al momento de individualizar la pena, la Sala considera se debe aplicar la pena mínima, o sea la de 9 años de prisión, por cuanto la ofendida no sufrió un gran daño en sus derechos a la indemnidad sexual debido a que pudo escapar de las garras del sátiro cuando este la abrazaba y la besuqueaba.

De igual manera, en lo que tiene que ver con la tasación de la pena accesoria para la inhabilitación de derechos y funciones públicas, al seguir los derroteros trazados en el inciso 3º del artículo 52 C.P. la misma deberá corresponder al mismo término de la pena de prisión, la cual, como ya se dijo fue fijada en 9 años.

Por otra parte, en lo que tiene que ver con el reconocimiento de subrogados y sustitutos penales en favor del declarado penalmente responsable, considera la Sala que ello no es posible por expresa prohibición legal, por cuanto se está en presencia de una persona menor de edad que ha sido víctima de un delito sexual, a lo que se le debe adicionar que como consecuencia del monto de la pena principal impuesta al Procesado, brillan por su ausencia el cumplimiento de los requisitos objetivos exigidos por los artículos 38B y 63 del C.P. para la procedencia de la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria o del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Como quiera que en la actualidad el procesado LHOG, como consecuencia de lo dicho al momento de anunciarse el sentido del fallo, se encuentra disfrutando de la libertad, y teniendo en cuenta que en el devenir del proceso en las audiencia preliminares se le definió la situación jurídica con la medida de aseguramiento de detención preventiva, la Sala, a fin que se haga efectiva la pena de prisión impuesta al encausado en el presente fallo de segunda instancia, sumado a la improcedencia de subrogados y de sustitutos penales, procederá a librar en su contra las correspondientes órdenes de captura.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los eventuales recursos de los cuales seria susceptible esta sentencia de 2ª instancia, la Sala no puede desconocer que se está en presencia de la primera sentencia condenatoria, por lo que acorde con lo ordenado por la Corte Constitucional en las sentencias C-792 de 2014 y SU-215 de 2016, que regularon el principio de la doble conformidad, y de lo que en términos similares adujó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 23 de abril de 2.019. Rad. # 54.215, válidamente se puede concluir que la Defensa podría interponer en contra del presente fallo el recurso de impugnación excepcional, el cual por ser una modalidad del recurso de apelación, se debe interponer y sustentar dentro de las mismas oportunidades establecidas para el recurso de alzada.

De igual manera el presente fallo, en lo que atañe con los intereses de la Fiscalía, el Ministerio Público y el representante de víctimas, también sería susceptible del recurso de Casación, en lo que tiene que ver con la tasación de las penas, la negativa de imponerle al Procesado las circunstancias específicas de agravación punitiva consagradas en el # 2º del articulo 211 C.P., o por la absolución del Procesado en lo que atañe al eventual interés del Representante del Ministerio Público para fungir como recurrente.

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 Único Promiscuo del Circuito de Quinchía, en las calendas del doce (12) de marzo del 2.015, en la cual se absolvió al Procesado **LHOG** de los cargos endilgados en su contra por parte de la FGN, los cuales estaban relacionados con incurrir en la presunta comisión del reato de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, para en su lugar **DECLARAR** la responsabilidad penal del Procesado de marras por incurrir en la comisión del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**SEGUNDO:** En consecuencia,se **CONDENA** alProcesado LHOG a purgar una pena de nueve (9) años de prisión, así como a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término similar al de la pena de prisión.

**TERCERO: NO RECONOCERLE** al Procesado LHOG el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución pena ni la pena sustitutiva de la prisión domiciliaria.

**CUARTO: LIBRAR** en contra del Procesado LHOG las correspondientes ordenes de captura, a fin que se haga efectiva la pena de prisión que le fue impuesta en el presente fallo de 2ª instancia.

**SEXTO:** Declarar que en contra de la presente sentencia de 2ª Instancia proceden los recursos de casación y de impugnación excepcional, los cuales deberán ser interpuestos y sustentados dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia del 21 de marzo de 2.012. Rad. # 38256. M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO. (Negrillas fuera del texto original). [↑](#footnote-ref-1)
2. Al respecto se puede consultar, entre otras, la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 28 de marzo de 2.012. Rad. # 36.621 [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver entre otros: La sentencia 13 de julio de 2.006. Rad. # 15843 y la Sentencia del 29 de julio de 2.008. Rad. # 28961, ambas proferidas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-3)
4. Criterio que ha sido ratificado en otros fallos, entre ellos: La sentencia del 03 de agosto de 2016. SP10585-2016. Rad. # 41905; La sentencia del 26 de Octubre de 2016. SP15364-2016. Rad. # 45654, y la sentencia del 08 de noviembre de 2.017. SP18449-2017. Rad. # 47608. [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 26 de Octubre de 2016. SP15364-2016. Rad. # 45654. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-5)
6. Es de anotar que la Defensa desde un principio expuso que la Fiscalía se equivocó en la calificación jurídica, la cual correspondía a un delito de injurias por vía de hecho y no a un reato de actos sexuales abusivos con menor de 14 años. [↑](#footnote-ref-6)
7. Registros # 12:15 al # 12:48. [↑](#footnote-ref-7)
8. Al respecto de pueden consultar los registros comprendido entre el # el # 02:10 al # 06:00, o desde el # 11:15 al # 11:30. [↑](#footnote-ref-8)
9. Lo cual se podría inferir ante la dejadez de la Fiscalía de no querer ejercer su rol de acusador. [↑](#footnote-ref-9)