



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO
Magistrado Ponente

SP1247-2024

Radicación No. 61843

(Acta No. 120)

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

La sala decide la impugnación especial promovida por el defensor de STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO, a quien el Tribunal Superior de Bogotá, al resolver la apelación promovida contra el fallo absolutorio de primera instancia, condenó por primera vez como autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

HECHOS

En agosto de 2015, STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO, profesor de piano de la “Academia de Música Fuentes”, le pidió a A.C.G.H. – estudiante suya que para entonces tenía la edad de nueve años – que lo acompañara al segundo piso

de la institución (ubicada en el barrio Tintal de Bogotá) con el pretexto de darle una sorpresa. Una vez allí, y tras advertirle que no debía contarle a nadie lo que vería, le exhibió el pene erecto.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. En audiencia celebrada el 17 de octubre de 2018 ante el Juzgado Noveno Penal Municipal de Bogotá, la Fiscalía imputó a STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO como autor del delito de acto sexual con menor de catorce años agravado (arts. 209 y 2011, n. 2º, del Código Penal)¹. En iguales términos lo acusó después, enfatizando que los hechos comunicados constituyen «*inducción a prácticas sexuales*»².

2. Agotado el restante trámite ordinario, el Juzgado Dieciocho Penal del Circuito de Bogotá profirió la sentencia de 4 de diciembre de 2020, por la cual absolvió a FUENTES NIÑO del cargo imputado. El despacho consideró que no se demostró el «*ánimo libidinoso*» con el cual habría actuado el procesado y, por ende, que «*ese acto de exhibicionismo no tuvo la idoneidad y aptitud para tipificar una conducta sexual explícita que conllevara a (sic) un escenario erótico irrestricto*».

3. Esa decisión fue apelada por la Fiscalía, el apoderado de la víctima y el Ministerio Público. Consecuentemente, el Tribunal Superior de Bogotá, en fallo de 14 de febrero de

¹ F. 9.

² Fs. 15 y ss.; audiencia de 10 de mayo de 2019, récord 9:00 y ss.

2022, la revocó y, en su lugar, condenó a FUENTES NIÑO por el delito imputado a las penas de 144 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

4. El defensor promovió la impugnación especial de la que ahora se ocupa la Corte.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El tribunal dio por demostrado, a partir del testimonio de la víctima y de los rendidos por sus padres, Alirio Hernández y Luz Stella Garnica Jiménez, que *«el procesado aprovechó su condición de profesor y el hecho de que se quedó a solas con la víctima, para invitarla al segundo piso bajo la excusa de que le tenía “una sorpresa”, cual era exhibirle su pene erecto, sumado a la manifestación de que no le dijera a nadie»*.

A diferencia del *a quo*, y con apoyo en la sentencia proferida por esta sala en el proceso con radicado 52024, aseguró que esos *«actos... fueron apropiados -estimularon la lascivia del autor-, idóneos -para excitar y satisfacer la lujuria del procesado-, significativos -dada la calidad de la víctima- y por supuesto, su contenido fue sexual, por lo que reunió las condiciones para considerarse típico y antijurídico»*.

En lo que atañe a las consecuencias del delito, fijó la pena en el mínimo previsto en la ley – esto es, 144 meses de

privación de la libertad e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas – y negó tanto su suspensión condicional como la prisión domiciliaria.

LA IMPUGNACIÓN

El mandatario de FUENTES NIÑO pide que se revoque la sentencia de segundo grado y, en su lugar, se absuelva al nombrado del cargo imputado; subsidiariamente, que se anule el trámite desde la audiencia de formulación de imputación *«por violación a las garantías fundamentales»*.

1. La primera solicitud la sustenta en los siguientes argumentos:

1.1 Lo que el tribunal dio por probado es que el acusado exhibió el pene erecto a A.C.H.G. y le pidió guardar silencio sobre lo sucedido. Entendió, a su vez, que ese hecho configura el delito imputado porque con ello ejecutó un acto sexual en presencia de un menor de catorce años.

No obstante, la conducta punible investigada, en su modalidad de realizar actos sexuales en presencia de un menor, sólo se materializa cuando lo realizado es *«una actividad sexual de contenido explícito»*, lo cual no puede afirmarse de *«exhibir el pene sin realizar tocamientos o manifestaciones eróticas»*.

Pero además de que dicho comportamiento no constituye objetivamente un acto sexual, tampoco puede

afirmarse que FUENTES NIÑO lo haya hecho para satisfacer su libido ni que fuese idóneo para tal fin. El tribunal afirmó lo contrario porque para tal fin llevó a la menor a un lugar donde «*nadie pudiera observar lo que iba a ocurrir*» y le pidió que guardara el secreto, pero ello apenas revela «*que el actor quería encubrir su exhibición*».

Lo cierto es que, como lo entendió esta Corte en la sentencia 2894-2020, «*la desnudez corporal... más allá de los prejuicios morales que al respecto subsistan, por sí sola no constituye una conducta penalmente relevante*», de manera que la conducta imputada es atípica, pues no se trató ni de un acto sexual ni uno de inducción a una práctica sexual.

1.2 El *ad quem* afirmó que el acusado tenía el pene erecto cuando se lo mostró a A.C.H.G. Sin embargo, lo que declaró la menor es que lo tenía *duro*. Ello constituye una tergiversación de ese medio de prueba, pues “erecto” y “duro” no son sinónimos. La única manera de saber si un objeto es duro es tocarlo, pero la niña nunca dijo que ello hubiera sucedido.

Además, los padres de la ofendida nunca dijeron que su hija, al contarles lo sucedido, hubiese manifestado que FUENTES NIÑO tenía el pene erecto; sólo les contó que lo exhibió frente a ella. En todo caso, la madre de la menor, Luz Garnica, aseguró que ella llegó al lugar de los hechos en los instantes posteriores a la realización del hecho y no se percató de que el acusado tuviese una erección.

En suma, las pruebas practicadas no demuestran que en realidad STYVEN GIOVANNY FUENTES tuviera el pene erecto cuando se lo mostró a A.C.H.G., por lo cual esa circunstancia no puede tenerse, contrario a lo razonado por el tribunal, como indicadora del ánimo libidinoso con que aquél habría actuado.

Como adicionalmente *«quedó demostrado que (el procesado) en ningún momento tocó a la menor A.C.H.G. o desarrolló actos de autosatisfacción, (y) tampoco utilizó lenguaje erótico, lo cual indica que no existieron manifestaciones físicas ni verbales que objetivamente tengan la suficiente aptitud para causar excitación o satisfacción sexual a su realizador»*, es claro que su conducta no constituyó un acto sexual.

2. El aducido quebrantamiento del debido proceso lo explica así:

2.1 A FUENTES NIÑO se le impidió tener un defensor de su confianza. Tanto en la formulación de imputación como en la acusación, el nombrado manifestó que su intención era designar un abogado de su elección; a pesar de ello, se siguió adelante con las diligencias con el profesional de la defensoría pública que se le había sido asignado. Sólo a partir de la audiencia preparatoria STYVEN GIOVANNY FUENTES concurrió representado por un profesional designado voluntariamente.

2.2 Además de lo anterior, tanto el defensor público como el designado por el acusado obraron de manera

negligente y pasiva. En la comunicación de cargos y en la acusación, el profesional guardó silencio a pesar de las ostensibles falencias que se advertían en la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes; en la preparatoria «no corrió traslado del descubrimiento», «se denotó su carencia técnica para argumentar la conducencia, pertinencia y utilidad de los elementos materiales probatorios y de los testigos solicitados» y orientó su estrategia a demostrar que FUENTES NIÑO no tiene el perfil de un agresor sexual, «como si el derecho penal fuese un derecho de autor y no uno de acto». Finalmente, en el juicio olvidó practicar unas pruebas periciales que le habían sido decretadas y no presentó intervención como no recurrente ante las apelaciones promovidas contra el fallo de primer grado.

2.3 Los hechos jurídicamente relevantes fueron indebidamente formulados y se cambiaron a lo largo del trámite.

Para comenzar, en la comunicación de cargos, la Fiscalía se limitó a reseñar medios de prueba – en concreto, la denuncia y la entrevista rendida por la ofendida – sin ninguna mención explícita de los comportamientos imputados y a partir de la escueta transcripción de medios de prueba; aunque con esfuerzo puede deducirse que el verbo rector que se le atribuyó fue el de realizar acto sexual en presencia de un menor de catorce años, lo cierto es que el fiscal tenía que haberlo precisado explícita e inequívocamente.

Después, en la acusación, la Fiscalía aseguró que el llamamiento a juicio se hacía porque FUENTES NIÑO «*indujo a la menor a prácticas sexuales*», lo cual supuso una variación del núcleo fáctico del proceso que comporta afectación del debido proceso en su arista de congruencia.

Por último, el tribunal emitió condena tras dar por probado que el acusado exhibió a la víctima su pene erecto a pesar de que «*dicho estado particular del miembro viril nunca fue advertido*» ni en la imputación ni en la acusación. Como si fuera poco, entendió que ello constituyó un acto sexual realizado en presencia de una menor de catorce años, aun cuando la acusación se formuló porque aquél la habría inducido a prácticas sexuales.

CONSIDERACIONES

1. Preliminares.

1.1 Esta sala es competente para decidir la impugnación especial promovida por el defensor contra la sentencia de segunda instancia, conforme lo indican el numeral 7° del artículo 235 superior y las reglas provisionales fijadas en la providencia AP1263 de 3 de abril 2019.

1.2 Aunque el recurrente solicitó de manera principal la absolución del acusado y subsidiariamente la invalidación del trámite, es evidente que esta segunda pretensión, por su sentido y alcance, debe examinarse con prioridad.

En consecuencia, la sala comenzará por estudiar lo atinente a las alegadas violaciones del debido proceso y después, de ser procedente, abordará lo correspondiente a la configuración del delito.

2. Sobre la validez del trámite.

2.1 Aunque el actual defensor aduce que al acusado se le negó el derecho a elegir un abogado de su confianza durante las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la revisión del trámite evidencia que tal alegación contraviene abiertamente la realidad de lo sucedido en esas diligencias.

Una vez se instaló la audiencia preliminar, quien concurrió a la misma como defensor público de FUENTES NIÑO pidió la palabra y manifestó lo siguiente:

«El mencionado ciudadano acá presente... me manifestó que necesitaba estar representado por defensor particular, es su deseo, entonces nosotros, los defensores públicos, como somos subsidiarios... él desea tener un defensor particular para su defensa...»³.

El despacho, consecuentemente, hizo una pausa en la diligencia para que el indiciado dialogara con el defensor público y tomara una determinación informada. Además, le permitió a STYVEN GIOVANNY FUENTES comunicarse telefónicamente con quien sería eventualmente su abogado

³ Récord 4:30 y ss.

de confianza. Luego de hablar por varios minutos con éste, el procesado se dirigió al despacho así:

«Me dice el abogado que hagamos la audiencia, yo ya estoy seguro»⁴.

Consecuentemente, se siguió adelante con la formulación de imputación con la participación del defensor público.

Esa breve reseña de lo sucedido descarta de entrada que se haya violado el derecho de FUENTES NIÑO a elegir un defensor. Fue él mismo quien, luego de hablar con su futuro mandatario privado, manifestó personalmente su voluntad de ser representado por el profesional de la defensoría pública allí presente durante esa diligencia. No se trató de una imposición del juez, quien por el contrario le puso de presente desde el principio del acto procesal *«su derecho (a) design(ar) un defensor de su confianza»⁵.*

Similar situación sucedió en la audiencia de formulación de acusación. El acto se instaló con la participación del mismo defensor público que agenció los intereses de FUENTES NIÑO durante la imputación, pero sin la presencia de este último. La juez le preguntó al abogado el porqué de la inasistencia del enjuiciado, a lo cual el profesional explicó lo siguiente:

«Este defensor público llamó hace una hora más o menos al teléfono... le manifesté que cuál era la dirección, él me la reiteró... me manifestó que a él no le ha llegado para esta oportunidad...»

⁴ Récord 15:00 y ss.

⁵ Récord 6:00 y ss.

que se encontraba muy retirado y no podía ya asistir... me solicitó que le manifestara a la señora juez la posibilidad de que se de nueva fecha toda vez que él desea estar en todo su juicio...»⁶.

Seguidamente, la titular del despacho expuso:

«... revisada la planilla de notificaciones, claro se ofrece que fue citado a la dirección que aportó en las audiencias preliminares, y que concuerda con la referida en esta oportunidad por el profesional del derecho adscrito a la defensoría pública... y correo electrónico... ha sido citado en debida forma... no es la primera calenda que se fija con el propósito de adelantar la audiencia de formulación de acusación, es la segunda... el despacho no desconoce que uno de los derechos que le asiste... es que esté asistido(o) y representado(o) por un abogado de oficio o de confianza, sin embargo, hasta que no concurra... el defensor público deberá seguir actuando... en momento alguno se le ha negado la posibilidad de que acuda a la audiencia... se le han enviado las citaciones respectivas y aun así no ha concurrido... así las cosas, se declara abierta esta ritualidad...»⁷.

Dicho lo anterior, y cuando la fiscal del caso estaba ya verbalizando la acusación, concurrió FUENTES NIÑO, quien simplemente se presentó sin hacer manifestación alguna en relación con la titularidad de su defensa técnica⁸. En esas condiciones se continuó y culminó la diligencia.

De lo expuesto se tiene, por una parte, que aunque entre la formulación de imputación (celebrada el 17 de octubre de 2018) y la de acusación (que tuvo lugar el 10 de mayo de 2019) transcurrieron poco menos de seis meses, el procesado, al momento de realizarse esta última, no había todavía designado un defensor de confianza. Por otra, que aquél se hizo presente en la segunda de tales diligencias y consintió a que la misma se realizara con el defensor público presente,

⁶ Récord 1:50 y ss.

⁷ Récord 5:05 y ss.

⁸ Récord 10:00 y ss.

pues nada dijo sobre su voluntad de designar uno de confianza.

Tampoco acá, pues, se observa que la funcionaria haya impedido a STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO ser apoderado por un abogado de su elección. Aquél tuvo varios meses para elegir un profesional del derecho pero no lo hizo, y llegada la fecha de la formulación de acusación, accedió a que la diligencia se perfeccionara con el defensor público que desde el inicio se le había designado.

Es evidente, entonces, que la queja del impugnante no tiene ningún respaldo en la actuación.

2.2 La sala no discute que para tener por satisfecha la garantía de la defensa técnica – consagrada internacional⁹, constitucional¹⁰ y legalmente¹¹ – no basta verificar que la persona investigada contó con la representación formal o nominal de un profesional del derecho a lo largo del trámite penal. Aquélla sólo se logra si quien agencia los intereses del imputado lo hace de manera diligente, competente y capacitada, de modo que su participación constituya un verdadero control al ejercicio del poder punitivo del Estado¹².

Sin embargo, y como no existe una única forma de ejercer la defensa técnica – pues la profesión jurídica, en tanto liberal, admite distintas aproximaciones,

⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 10° y 11°), Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8°) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14°), entre otras.

¹⁰ Art. 29.

¹¹ Art. 8°, Ley 906 de 2004.

¹² Entre muchas otras, CSJ SP, 7 mar. 2018, rad. 49552.

interpretaciones y comprensiones -, la afirmación de haberse violentado tal garantía no puede tener por fundamento una simple discrepancia de criterios profesionales con el abogado cuya actuación se censura, ni basarse en una apreciación personal diversa – y posterior - de cuál habría sido la mejor estrategia de litigio en el caso concreto. A tal fin, entonces, debe acreditarse que la ineptitud del mandatario fue tal que la persona procesada en verdad concurrió al diligenciamiento en «*absoluto estado de abandono*», esto es, en «*una situación de indefensión generada por la inactividad categórica del abogado*»¹³.

A partir de esas premisas, aparece evidente que tampoco le asiste razón al impugnante al afirmar que quienes representaron a FUENTES NIÑO durante el proceso obraron de manera negligente e inepta, menos aún al punto de dar por quebrantado el derecho fundamental mencionado.

La crítica atinente a que el otrora defensor guardó silencio en la imputación y en la acusación a pesar de que uno y otro acto exhibían patentes falencias resulta del todo insuficiente para acreditar el vicio denunciado. De una parte, porque no es cierto – y sobre ello se volverá más adelante (§ 2.3) - que esas actuaciones de la Fiscalía tengan los ostensibles defectos que les atribuye el actual mandatario. De otra, y principalmente, porque incluso de admitirse que sí existieron los mencionados déficits en la definición de los hechos jurídicamente relevantes durante esas fases del proceso, sucede que cada defensor puede asumir posturas

¹³ CSJ SP, 18 ene. 2017, rad. 48128.

estratégicas diferentes de cara a tal situación. Mientras algunos profesionales pueden juzgar atinado solicitar su aclaración o precisión, otros en cambio pueden estimar apropiado dejar pasar el vicio para cuestionar más adelante la legalidad del diligenciamiento.

En este asunto, el defensor no explicó por qué el único proceder válido durante la imputación y la acusación era el ahora que echa de menos, ni por qué guardar silencio sobre las supuestas falencias en la actuación de la Fiscalía necesariamente debe considerarse como un acto de negligencia. De hecho, el actual mandatario invoca los alegados vicios en la definición de los hechos jurídicamente relevantes como una circunstancia a partir de la cual pide la invalidación del procedimiento, con lo cual pone presente que esa es una alternativa defensiva válida ante una situación de tal naturaleza.

Igualmente infundadas aparecen las críticas relacionadas con la conducta del defensor que actuó en la audiencia preparatoria. En esa diligencia, el profesional del derecho elevó y sustentó sus pretensiones probatorias, de manera que le fueron decretados dos testimonios y dos pruebas periciales (una relacionada con la «*valoración psicológica del procesado*» y, la otra, de un «*contra informe de la entrevista realizada a la menor A.C.G.H*»¹⁴); y aunque también le fueron negadas unas declaraciones que el despacho estimó repetitivas o insuficientemente motivadas, ello de ninguna manera indica la ocurrencia del vicio denunciado. **No toda postulación**

¹⁴ F. 38, c. 1.

fallida – y ello es una obviedad - puede tenerse como indicativa de ineptitud, incompetencia o negligencia de quien la formula. Al proceso penal le es inherente una controversia dialéctica en la que algunas pretensiones de las partes tienen éxito y otras no, por lo cual su prosperidad o no prosperidad no puede constituir el parámetro de control de la defensa técnica.

Después, en el juicio, el abogado contrainterrogó adecuada y razonablemente a los testigos de cargo, interrogó a los suyos propios y, al término de la práctica probatoria, alegó en términos comprensivos, señalando que (i) los señalamientos incriminatorios de la víctima no tienen precisión cronológica y son incoherentes; (ii) los hechos fueron denunciados luego de tres años de ocurridos, lo cual, en su entender, enerva la hipótesis de su ocurrencia, y; (iii) la única prueba directa de la tesis de la Fiscalía es el testimonio de A.C.G.H. A partir de tales consideraciones, estimó que no se demostraron ni la materialidad del delito ni, por consecuencia, la responsabilidad de FUENTES NIÑO¹⁵.

Ello, por demás, desmiente la afirmación del impugnante según la cual la única tesis defensiva fue la orientada a demostrar las características personales del procesado, «*como si el derecho penal fuese un derecho de autor y no uno de acto*». Muy por el contrario, resistió la acusación criticando la consistencia y solidez de la prueba de cargo y presentando testimonios de personas que conocieron de cerca su ejercicio como profesor de música y manifestaron

¹⁵ Sesión de 1º de octubre de 2020, récord 59:00 y ss.

que nunca realizó actos como los que le fueron atribuidos en este proceso respecto de otras personas (lo cual ciertamente aparece pertinente, en tanto «sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias»). También exploró cuestiones relevantes para el juicio de plausibilidad de la acusación relacionadas con la visibilidad que desde el exterior había hacia el recinto donde sucedieron los hechos y la presencia de otros profesores y alumnos en las instalaciones.

Ahora, la Sala no desconoce lo ocurrido respecto de las pruebas periciales que le habían sido decretadas a la defensa: una vez el mandatario culminó con la práctica de sus testimonios – sin que las experticias hubiesen sido producidas - dijo no tener más pruebas y, con ello, se puso fin a la controversia probatoria. Después, cuando la Fiscalía estaba presentando sus alegaciones conclusivas, pidió la palabra para pedir que, como esas experticias no habían sido aún practicadas, se aplazara la diligencia a efectos de que se recabaran. El despacho negó el pedido porque, como el mandatario «manifestó que no tenía más testigos», la fase oportuna para ello había ya fenecido¹⁶.

Pues bien, que el «contra informe de la entrevista realizada a la menor A.C.G.H» no se haya incorporado no constituye un olvido atribuible al otrora apoderado de FUENTES NIÑO. Lo que sucedió es que esa entrevista no fue utilizada por la Fiscalía porque la menor concurrió al juicio a declarar, por lo cual no fue necesario allegar su versión

¹⁶ Récord 29:00 y ss., *ibidem*.

previa y, en esas condiciones, la prueba refutatoria de la defensa carecía absolutamente de objeto. Con todo, la omisión respecto de la «*valoración psicológica del procesado*» sí resulta incontrovertible. Ese elemento dejó de practicarse, aunque había sido decretado, porque el defensor lo pasó por alto. Sólo cuando la etapa probatoria había finiquitado recordó que dicha prueba no había sido producida, pero para entonces - desde luego y en atención a la preclusividad de las oportunidades procesales - no era ya procedente su acopio.

Esa equivocación, sin embargo, resulta insuficiente para afirmar que FUENTES NIÑO no contó con un defensor técnico idóneo.

De un lado, porque en todo lo demás, según ha quedado visto, la conducta de sus defensores fue adecuada y conllevó una agencia razonable de sus intereses; un único acto de olvido probatorio no puede conducir a dar por violada la garantía de la defensa técnica, menos en tanto la apreciación global o integral del proceder profesional de los diferentes abogados que intervinieron en el proceso revela que la misma fue ejercida en términos apropiados. De otro, y principalmente, porque el actor no demostró cuál sería la trascendencia que la no práctica de esa prueba habría tenido en los derechos del enjuiciado, o lo que es igual, en qué habría consistido la afectación sustancial - que no simplemente formal - sufrida por aquél como consecuencia de dicha omisión. De hecho, si el propio impugnante asevera que la pericia echada de menos era impertinente porque aludía a los rasgos de personalidad STYVEN GIOVANNY FUENTES, no se entiende que simultáneamente critique a

quien lo antecedió por no haber provocado su incorporación efectiva.

Por último, el recurrente cuestiona que el anterior defensor no intervino como no recurrente en el trámite de las apelaciones presentadas por la Fiscalía, la víctima y el Ministerio Público contra el fallo de primer grado, pero tampoco acá explica por qué esa era la única alternativa de conducta válida y admisible ante tal escenario. **Lo cierto es que la intervención de los no recurrentes en los trámites de impugnación de providencias judiciales es optativa, de manera que la decisión de no ejercerla no constituye, en sí misma y en ausencia de información adicional, un acto de negligencia profesional.**

En suma, y contrario a lo aducido por el impugnante en el sentido de que «*la defensa técnica del señor FUENTES NIÑO fue pasiva a lo largo de todo el proceso penal*», lo que se desprende de la revisión de la actuación es que quienes fungieron como representantes del acusado en las distintas etapas del trámite de instancia actuaron de manera razonable, realizaron actos positivos de defensa y gestión de sus intereses, se opusieron plausiblemente a la tesis de cargo, participaron de la producción probatoria y la ofrecieron información de descargo.

Tampoco desde esta perspectiva, por ende, hay lugar a invalidar la actuación.

2.3 El impugnante aduce que los hechos jurídicamente relevantes no fueron correctamente definidos (al punto en que

no es claro cuál fue el comportamiento atribuido a FUENTES NIÑO) y, además, que fueron cambiados a lo largo de la actuación.

Se trata de alegaciones distintas que, aunque relacionadas, tienen sentidos diversos y deben examinarse discriminadamente.

Lo primero – la indefinición de los hechos jurídicamente relevantes – alude a la posible configuración de un error de garantía por violación del debido proceso en su arista de defensa, pues lo que con ello se indica es que el acusado no pudo conocer con claridad los cargos de los que debía, justamente, defenderse. Lo segundo refiere a una eventual violación del principio de congruencia.

2.3.1 La premisa jurídica en la que se basa la primera de tales quejas no admite discusión. Es cierto, y así lo tiene pacíficamente decantado la jurisprudencia de esta Corte, que *«si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula o está siendo investigado, se vulnera de manera flagrante el debido proceso... por lo cual el único remedio posible es la nulidad»*¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, la premisa procesal que apoya la queja es contraria a la realidad del diligenciamiento, pues lo que se percibe es que los hechos jurídicamente

¹⁷ CSJ SP, 10 mar. 2021, rad. 54658. Reiterada en CSJ SP, 27 may. 2022, rad. 57051.

relevantes sí fueron precisados por la Fiscalía de manera comprensible desde la comunicación de cargos.

En efecto, en la audiencia preliminar los expuso así:

«... usted puede ser eventual autor de la comisión del delito de acto sexual abusivo en contra de la menor A.C.H.G., estudiante suya... refirió la menor... que... estando en la academia de música Fuentes, en el mes de agosto de 2015, se encontraba en clases de cuatro a seis de la tarde... y usted, el profesor, le indicó que subiera al segundo piso... en donde estaba preparado el piano, se sentaron y el profesor le manifestó que tenía una sorpresa... la niña mira por debajo de la mesa, ve al profesor que se baja la cremallera del pantalón, saca el pene y le muestra el miembro viril...»¹⁸.

Más adelante, en la acusación escrita los fijó de la siguiente manera¹⁹:

«Refirió la menor A.C.H.G.... que estando en la “academia de música Fuentes”, en el mes de agosto de 2015,... el profesor le indicó que subiera al segundo... se sentaron, el profesor le manifestó que tenía una sorpresa para la niña; A.C.H.G. mira por debajo de la mesa, ve al profesor que se baja la cremallera del pantalón, saca el pene, mostrándole el miembro viril, en ese momento llega la mamá de la niña y la recoge...»

STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO, en su calidad de director de la academia de música Fuentes y profesor de la menor A.C.H.G., cuando la niña contaba con 9 años, se baja la cremallera del pantalón, saca el pene y muestra a la niña su miembro viril...».

Por su parte, en la verbalización de la acusación describió lo sucedido en estos términos:

*«... tienen ocurrencia en la ciudad de Bogotá... donde operaba la academia de música Fuentes... en el mes de agosto de 2015 en horas de la tarde, donde la menor... contando con tan solo 9 años de edad, fue víctima de abuso sexual por parte de su profesor de música, STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO, **quien valiéndose***

¹⁸ Récord 17:00 y ss.

¹⁹ F. 14.

precisamente de esa condición... en una clase... (aprovechó) un momento a solas con la niña, (se bajó) la cremallera del pantalón, se saca el pene mostrándole el miembro viril, instantes en que llega la progenitora de la niña...»²⁰.

Así pues, se advierte que la Fiscalía, de manera absolutamente clara y comprensible, indicó que los hechos jurídicamente relevantes en este caso ocurrieron (i) en agosto de 2015, cuando la víctima tenía la edad de nueve años; (ii) en el segundo piso de las instalaciones de la academia de música Fuentes; (iii) en el marco de la relación de profesor y alumna que para entonces existía entre A.C. y el procesado, y; (iv) consistieron en la exhibición que el segundo hizo a la primera de su pene.

En esas condiciones - y aunque es cierto que en la imputación y la acusación también se hizo mención y transcripción de piezas procesales, lo cual, como se ha dicho insistentemente, constituye un proceder indeseable contrario a la adecuada técnica de formulación de hechos jurídicamente relevantes - no se percibe ninguna indefinición, ambigüedad, equívoco o imprecisión en el relato de los supuestos fácticos por los cuales FUENTES NIÑO fue vinculado al trámite, primero, y llamado a juicio, después.

2.3.2 En cuanto a la aducida violación de la congruencia, dígame primero que ésta - la congruencia - es, ciertamente, uno de los pilares axiológicos del procedimiento criminal establecido en la Ley 906 de 2004. Al respecto, tiene decantado la sala que

²⁰ Récord 13:30 y ss.

«...mientras la congruencia jurídica es flexible y permite que la calificación típica de la conducta investigada y juzgada varíe en las distintas fases del proceso (con ciertas condiciones), **la congruencia fáctica es estricta**, por lo cual **la atribución de los hechos jurídicamente relevantes debe mantenerse indemne desde su formulación en la audiencia preliminar de imputación:**

“El principio de congruencia, como se aprecia de la simple lectura del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, es predicable en principio entre la acusación y el fallo.
(...)”

Sin embargo, la jurisprudencia tanto de la Sala como de la Corte Constitucional ha extendido el ámbito de cobertura de este principio a la formulación de la imputación, hasta el punto de exigir (con algunas restricciones) una consonancia fáctica entre los hechos que se han atribuido en la imputación y aquellos que se formulan en la acusación.

O, en palabras de aquella Corporación, “[e]l derecho de defensa del procesado se encuentra limitado de manera desproporcionada al no exigirse la aplicación del principio de congruencia entre la imputación de cargos y la formulación de acusación, es decir, limitándola a la relación existente entre la acusación y la sentencia”. En todo caso, “la exigencia de la mencionada congruencia es de orden fáctico²¹”.

De ahí que “la imputación, como garantía del ejercicio del derecho de defensa, exige una **consonancia de orden fáctico entre esta, la formulación de acusación y el fallo condenatorio**”²². Dicho de otra manera, “la formulación de imputación se constituye en un condicionante fáctico de la acusación... sin que los hechos puedan ser modificados”²³.

Desde luego, puede suceder, por la naturaleza progresiva de la actuación penal, que la Fiscalía, luego de formular la imputación, se entere de hechos jurídicamente relevantes que ignoraba al momento de comunicar los cargos. Ello es incluso más probable en eventos de flagrancia, y lo es más todavía si, como en este caso, en los momentos inmediatamente posteriores a su comisión la víctima, de quien proviene la mayor parte de la información en las fases primigenias del trámite, se encuentra en incapacidad de comunicarse.

En tales eventos, el mecanismo procesal con que cuenta la Fiscalía para modificar el marco fáctico del proceso no es, como lo entiende la censora, la posterior acusación (en la cual sólo le está permitido agregar presupuestos de hecho secundarios o, en palabras de la

²¹ Sentencia C-025 de 2010. CSJ SP, 17 sep. 2019, rad. 47671.

²² Ibidem.

²³ CSJ SP, 14 oct. 2020, rad. 55440.

Corte Constitucional, detalles²⁴) sino la adición de la imputación originalmente formulada:

“... cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, deberá acudir a la adición de la imputación, agotando los trámites procesales pertinentes para ello”²⁵».

También en este punto, pues, la premisa jurídica en que se apoya la queja del impugnante es correcta, porque, en efecto, **la congruencia fáctica exige que los hechos jurídicamente relevantes imputados se mantengan idénticos (salvo por la inclusión, supresión o modificación de *detalles*) tanto en la acusación como en los fallos.**

Lo que sucede es que, nuevamente, el presupuesto procesal en el cual esa regla pretende aterrizar en este caso concreto es equivocado, pues la revisión del trámite descarta que dicho núcleo fáctico haya sufrido modificaciones en el curso del diligenciamiento.

Ya quedó visto (§ 2.3.1) que entre la imputación y la acusación no se surtió ninguna variación, menos aún sustancial, en la definición de los comportamientos típicos atribuidos a FUENTES NIÑO. **En ambas oportunidades se le sindicó, en idénticos términos, de haberle exhibido el pene a A.C.H.G. en algún momento de agosto de 2015, cuando la niña tenía nueve años, en momentos en que uno y otro se encontraban en las instalaciones de la academia musical**

²⁴ Sentencia C – 025 de 2010.

²⁵ CSJ SP, 14 ago. 2019, rad. 51745. Reiterada, entre otras, en CSJ SP, 30 oct. 2019, rad. 52713 y CSJ SP, 9 dic. 2019, rad. 54458.

Fuentes, donde el primero enseñaba y la segunda recibía de aquél lecciones.

Esos hechos, así descritos, fueron los que el tribunal dio por probados al emitir la condena cuestionada:

«En agosto de 2015, STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO, profesor de piano de A.C.H.G., de 9 años, le pidió que lo acompañara al segundo piso de la Academia de Música Fuentes, ubicada en... Bogotá, porque le tenía una sorpresa. Al llegar al lugar, le exhibió su miembro viril erecto y le pidió que no le contara a nadie».

Desde luego, la sala no pasa por alto que, como lo aduce el defensor, la afirmación efectuada por el *ad quem* en el sentido de que FUENTES NIÑO tenía el pene erecto cuando se lo exhibió a la víctima no aparece ni en la imputación de cargos ni en la acusación. Se trata de una circunstancia fáctica que la corporación dio por demostrada en la vista pública y que, en efecto, no está referenciada ni en la comunicación de cargos ni en el llamamiento a juicio.

Sin embargo, ese no es un hecho jurídicamente relevante – es decir, uno de «*aquellos que encajan o pueden ser subsumidos en las respectivas normas penales*»²⁶ - sino una circunstancia ajena a la descripción típica y al agravante deducido contra FUENTES NIÑO que el juez colegiado valoró, según quedará precisado más adelante, al modo de un hecho indicador del ánimo libidinoso con el cual aquél habría actuado.

²⁶ CSJ SP, 5 jun. 2019, rad. 51007.

En esas condiciones, es obvio que la afirmación judicial de esa proposición no comporta una alteración del marco fáctico del proceso, pues el examen de congruencia está limitado, se insiste, a los hechos jurídicamente relevantes comunicados en la imputación de cargos, no así a otros hechos (circunstanciales, contextuales, indicadores) que bien pueden descubrirse durante el juicio y ser reconocidos por los falladores sin que ello comporte afectación alguna del debido proceso.

Ahora bien, el defensor aduce, así mismo, que a lo largo del trámite se produjeron variaciones respecto del verbo rector por el cual se responsabilizó al sentenciado. **Recuérdese que el delito acá investigado, conforme su descripción típica, puede cometerse de tres maneras: por la realización de actos sexuales distintos del acceso carnal con un menor de catorce años, por la realización de actos sexuales en presencia de un menor de catorce años o por inducir en prácticas sexuales a un menor de catorce años.**

En ello le asiste razón. El fiscal, en la imputación de cargos, entendió que los hechos comunicados se encuadraban en el delito imputado por cuanto la exhibición del pene constituye «acto sexual diferente al acceso carnal **en su presencia**»²⁷. En la acusación, en cambio, la funcionaria llamó a juicio a FUENTES NIÑO porque, en su entender, con los hechos reseñados «**indujo a la menor a prácticas sexuales**»²⁸. El tribunal, por su parte, concluyó que la

²⁷ Récord 23:00 y ss.

²⁸ Récord 14:00 y ss.

conducta atribuida al nombrado implicó en sí misma «*actos sexuales con una menor de catorce años*»²⁹.

Evidente, pues, que en el trámite no existió una valoración uniforme sobre cuál de los verbos rectores habría sido el realizado por el procesado.

Ello, sin embargo y contrario al entendimiento del actor, no comporta un vicio que afecte la validez del diligenciamiento.

Téngase presente que, como quedó suficientemente explicado (§§ 2.3.1 y 2.3.2), los hechos jurídicamente relevantes por los cuales FUENTES NIÑO fue imputado, acusado y condenado se mantuvieron idénticos durante toda la actuación. Lo que se modificó fue la valoración judicial de si esos hechos constituían (i) un acto sexual con la menor víctima; (ii) la realización de un acto sexual en presencia de la menor víctima, o (iii) un acto de inducción a prácticas sexuales de la menor víctima, es decir, el *juicio de subsunción específico* de esos hechos en las modalidades típicas contenidas en el artículo 209 del Código Penal.

Esa situación - ya lo ha dicho la sala³⁰ - no afecta la indemnidad del principio de congruencia mientras por esa vía no se produzca una variación subrepticia de los hechos jurídicamente relevantes (lo cual en este caso, se insiste, no ocurrió).

²⁹ F. 11.

³⁰ Por ejemplo, CSJ SP, 15 jun. 2022, rad. 60917.

Y es que, de todas maneras, el defensor, más allá de afirmar ocurrida la modificación de la calificación específica de los hechos imputados, nada hizo por explicar cómo, por qué o de qué manera tal situación habría afectado el derecho de defensa de STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO. Lo cierto es que la estrategia de litigio desplegada por el acusado no estuvo dirigida a controvertir el juicio valorativo de subsunción típica efectuado por la Fiscalía – es decir, a discutir si los hechos imputados constituían un acto sexual cometido sobre la menor, en presencia de la menor o una inducción a prácticas sexuales -, sino a cuestionar el mérito de las pruebas con las cuales esos hechos fueron demostrados.

Desde luego – y no sobra insistir en esto -, la situación descrita en este punto por el actor podría tener incidencia en la garantía del debido proceso, en su arista de congruencia, si la variación de la calificación típica específica hubiese comportado un cambio subrepticio de los hechos jurídicamente relevantes, pero ello no acaeció. Las variaciones que se surtieron en las diferentes etapas del proceso respecto de las tres modalidades conductuales comprendidas en la descripción típica general del artículo 209 del Código Penal fueron estrictamente valorativas y se dieron a partir de idénticos supuestos fácticos.

2.4 En síntesis, y como ninguno de los argumentos expuestos en este ámbito por el defensor acredita la configuración de un vicio de garantía o estructura, la sala no accederá a la solicitud de invalidación.

3. Sobre el mérito de la acusación.

En criterio del impugnante, los hechos imputados a STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO no configuran el delito imputado porque en sí mismos, conforme fueron descritos en la vista pública, no tienen la connotación ni de un acto sexual ni de uno de inducción a la actividad sexual. Entiende que constituyen un típico acto de exhibicionismo sin relevancia criminal y que, en todo caso, el tribunal llegó a la conclusión equivocada, entre otras razones, porque distorsionó la prueba de cargo para afirmar que el acusado tenía el pene erecto al momento de exhibirlo, aun cuando en realidad lo que dijo la víctima es que lo tenía “duro”.

3.1 Dígase, antes de emprender el análisis de tipicidad al que conduce el reparo del actor, que la denunciada distorsión probatoria no ocurrió más allá de la simple apariencia. Aunque es cierto que al describir lo sucedido A.C.H.G. manifestó que FUENTES NIÑO tenía el pene «duro», y lo es también que el *ad quem*, al extraer el contenido objetivo de esa prueba, afirmó que lo tenía «erecto», es obvio que no se trata de expresiones disímiles sino sinonímicas.

Para sostener lo contrario, el defensor señala que

«... según la Real Academia Española... “duro” es “dicho de un cuerpo: que se resiste a ser labrado, rayado, comprimido o desfigurado, que no se presta a recibir una nueva forma o lo dificulta mucho. Dicho de una cosa: que no está del todo lo blanda, mullida o tierna que debe estar; por otro lado, “erecto” significa “enderezado, levantado”».

Con todo, el carácter sofisticado del planteamiento es evidente, pues interesadamente deja por fuera otras acepciones de esas expresiones ofrecidas por el mismo diccionario en cita, y muy en concreto, la que tanto de “duro” y “erecto” ofrece como «*rígido*».

De todas maneras, y **al margen de la definición oficial que de esas palabras pueda obtenerse, resulta evidente que en el lenguaje cotidiano y coloquial – esto es, en la interacción social ordinaria - es frecuente la descripción de un pene erecto como “duro”**, y ello resulta tanto más obvio si se considera que A.C. tenía quince años cuando declaró en juicio, de manera que no puede razonablemente esperarse que su relato se hiciera con un lenguaje del todo preciso.

De ahí que lo que el tribunal hizo al fijar el contenido probatorio del testimonio, así parezca *formalmente* como una distorsión, no fue otra cosa que la conversión sinonímica, acorde con la experiencia social, de dos adjetivos análogos que describen una misma característica.

3.2 Superado lo anterior, ha de establecerse qué fue lo efectivamente demostrado en la vista pública.

La menor A.C.H.G. (cuya edad fue estipulada) atestó que, en la época ya precisada, era estudiante en la academia musical Fuentes, de la cual FUENTES NIÑO era director y docente. Recordó que el día de los hechos tuvo clase de piano, a cargo del acusado, y después habría de tomar una de canto con una profesora, pero como ésta no pudo asistir, aquél le dijo que subieran al segundo piso de la edificación. Una vez

allí dijo tenerle una sorpresa – de la cual, según le advirtió, no debía contarle a nadie –, la instó a que mirara por debajo de una mesa a cuyo frente estaban sentados y, cuando la niña se agachó, se abrió la cremallera y le exhibió el pene «duro». Agregó que en esos momentos apareció su madre, quien iba subiendo al segundo piso – de lo cual se percató porque iba llamándola a viva voz a medida que ascendía –, lo que aprovechó para pararse e irse. Evocó, por último, que después de ello tomó dos o tres clases más y se retiró de la academia sin revelar a nadie lo sucedido hasta que unos años después, ante la insistencia de su progenitor para que retomara los estudios musicales, se decidió a contar lo sucedido³¹.

Como se puede observar, ese relato fue vertido de manera espontánea, hilada y coherente por la menor, recordando de manera clara los hechos ocurridos.

Respecto a la recordación de los hechos, la Corte³² ha afirmado que ello depende de múltiples factores tales como la entidad de los mismos, la manera en que afectaron al testigo, la forma de percepción, la naturaleza principal o subsidiaria de los datos recogidos por la memoria, su lógica, coherencia, las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dice haber advertido y la forma, época y justificación del por qué se declara.

Asimismo, ha enfatizando que, tratándose de menores víctimas de abuso sexual, sus declaraciones deben valorarse

³¹ Sesión de 24 de septiembre de 2020, récord 30:00 y ss.

³² Cfr. CSJ. SP. del 24 de septiembre de 2014, Rad. 38097.

de manera flexible, sin esperar relatos lineales e invariables de lo acontecido, pues las consecuencias traumáticas de los hechos, el dolor y la aflicción causados por su remembranza conducen a omitir deliberadamente los hechos revictimizantes³³.

No obstante lo anterior, se insiste, el relato de la menor fue coherente y espontáneo y, además, fue periféricamente corroborado por sus progenitores, Luz Estela Garnica y Alirio Hernández.

La primera narró que ese día dejó a A.G. en la academia ya mencionada para sus clases de piano y canto y, aunque normalmente la esperaba allí, en esa ocasión se ausentó por unos momentos porque debía «*hacer una diligencia*». Al volver no encontró a la niña en el primer piso – donde siempre tomaba las lecciones – por lo cual, y como ninguno de los presentes en la primera planta supo darle razón de su ubicación, empezó a llamarla y buscarla. Cuando subió al segundo piso notó que su hija estaba arriba con FUENTES NIÑO, lo cual le causó disgusto y la motivó a hacerle a este último el reclamo. Al acusado, según dijo, lo notó «*nervioso*», y A.C. se fue con ella³⁴. Corroboró que a partir de ese evento la menor se tornó reacia a asistir a la academia y dejó de hacerlo.

Por su parte, Alirio Hernández dio cuenta de que alrededor de la mitad de 2015, su hija, quien había

³³ Cfr. CSJ. SP. del 16 de abril de 2015, Rad. 43262. En el mismo sentido Cfr. SCC. T-554 de 2003 y T-698 de 2016.

³⁴ *Ibidem*, récord 1:50:00 y ss.

expresado un marcado interés por la música, el piano y el canto, «*de un momento a otro*» dijo que no quería seguir tomando clases en la academia Fuentes y perdió toda vocación por esas actividades. Añadió que «*un tiempo después*» empezó a insistirle en que retomara esos estudios y fue con ocasión de ello que la niña les contó lo que le había acaecido³⁵.

Esos elementos de conocimiento no fueron refutados por la defensa. Si bien con los testimonios de descargo pretendió demostrarse que en la academia permanecían varias personas – estudiantes y otros docentes – para insinuar la imposibilidad de que los hechos denunciados en verdad hubiesen sucedido, ello no refuta las narraciones inculpativas porque de acuerdo con estas, FUENTES NIÑO, justamente para eludir a los demás presentes (cuya presencia en la primera planta reconocieron tanto la niña como su madre), llevó a la ofendida a la segunda planta, donde en cambio no había nadie más.

Esa versión es coincidente con lo informado por los propios testigos de la defensa, específicamente Sandra Milena Romero (administradora de la copropiedad donde funcionaba la academia) y Luis Albeiro Carranza Ávila (vecino del sector cuyo hijo también estudiaba en ese lugar), quienes reconocieron que las actividades académicas y musicales se llevaban a cabo en el primer piso del edificio, no en el segundo³⁶.

³⁵ *Ibidem*, récord 1:30:00 y ss.

³⁶ Sesión de 1º de octubre de 2020, récord 1:00 y ss. (archivo 2) y 3:00 y ss. (archivo 3).

Así las cosas, la Fiscalía demostró que, en efecto, STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO, aprovechando su condición de profesor de A.C., la separó de los demás presentes y so pretexto de darle una sorpresa le exhibió el pene «duro» por debajo de una mesa.

Y aunque el impugnante estima que no puede tenerse por cierto que en realidad FUENTES NIÑO tuviese el pene erecto cuando se lo mostró a la niña, la sala no comparte tal apreciación.

Es verdad que Luz Estela Garnica no dio cuenta de que al llegar al segundo piso de la academia se hubiese percatado de ello. Sin embargo, lo anterior no refuta en nada lo percibido a ese respecto por la menor. Por un lado, porque la testigo no dijo haberse fijado en la zona genital del procesado; su atención estaba fijada en encontrar a su hija. Por otro, porque cuando arribó a la segunda planta ya habían pasado algunos segundos desde que FUENTES NIÑO le exhibió el pene a la niña, lo cual, sumado a la irrupción de un tercero en el escenario de intimidad que había creado, hace posible que de todas maneras que la erección hubiese cedido cuando la declarante lo abordó. En todo caso, el planteamiento del defensor parte de la premisa de que la erección del procesado sería ostensible por encima de su ropa y estando de pie, lo cual no tiene fundamento probatorio alguno.

Para refutar la cuestión de que el procesado tenía el pene «duro» cuando se lo mostró a la ofendida, el censor aduce así mismo que ni Luz Estela Garnica ni Alirio Hernández, al informar lo que les contó aquélla, dieron

cuenta de que el relato incluyese tal detalle. Con todo, pierde de vista que la versión de la menor fue incorporada en el juicio mediante su propio testimonio, de modo que las declaraciones previas que invoca, en tanto referenciales y no decretadas ni practicadas como tales, no tienen la naturaleza de pruebas y no pueden ser valoradas.

3.3 Queda por discernir si los hechos demostrados constituyen el delito de actos sexuales con menor de catorce años o si, como lo alega el recurrente, se trató apenas de un evento de exhibicionismo desprovisto de relevancia criminal.

3.3.1 Lo primero que debe decirse es que la alusión a los actos de exhibicionismo, entendidos estos como categoría *jurídica* que se contrapone a la de acto sexual y remite el asunto al ámbito de la infracción policiva, queda de entrada desprovista de fundamento en este caso al advertirse que aquéllos, para el derecho nacional, son los que suceden «en espacio público, lugares abiertos al público o que siendo privados trasciendan a lo público»³⁷, y que su importancia para el derecho deviene de que «gener(a)n molestia a la comunidad»³⁸.

La conducta acá investigada nada tiene que ver con esos supuestos. De una parte, porque FUENTES NIÑO no hizo exhibición de su pene en un lugar público sino en uno privado (tanto más considerando que el segundo piso de la academia, según se probó, **no** era usado para las actividades colectivas que allí se realizaban). De otra, porque la valoración jurídico-normativa

³⁷ Art. 33, n. 2, Código Nacional de Policía y Convivencia.

³⁸ *Ibidem*, lit. B.

de su conducta no parte de que haya causado molestias a la comunidad, sino de que expuso sus genitales a una menor de edad, en el marco de una relación de confianza, en un espacio cerrado y bajo el señalamiento explícito de que tal exhibición era una sorpresa dirigida específicamente a ella.

3.3.2 El acto sexual, ha dicho la sala, es *«toda conducta que “en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige ... a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos”»*³⁹. Tiene así mismo sentado esta corporación que

*«... los actos sexuales con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca, predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que, según las «pautas culturales de la comunidad» no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de **la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C.P.**, menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola percepción del acto por un menor».*

A partir de tales consideraciones, se concluyó en la última providencia citada – reiterada después en **CSJ SP, 2 dic. 2020, rad. 54816** - que

*«... la exhibición de órganos genitales ante niños o adolescentes menores de 14 años configurará **la segunda modalidad típica del artículo 209 del C.P.**, siempre que **constituya una conducta sexual explícita, lo que ocurrirá cuando el agente tenga ánimo libidinoso y, además, sus manifestaciones objetivas, más allá del simple desnudo, generen un contexto sexual**, como por ejemplo aquél acompañado de palabras, comentarios, masturbación u otros gestos o movimientos corporales asociados al ejercicio de la sexualidad».*

³⁹ CSJ AP, 27 jul. 2009, rad. 31715, reiterado en CSJ SP, 24 oct. 2016, rad. 47640. Citadas en CSJ SP, 12 ago. 2020, rad. 52024.

3.3.3 De los precedentes y pautas interpretativas invocados – cuya corrección no fue discutida por el impugnante y no hay razón para recoger o modificar - se sigue como conclusión evidente que la conducta por la cual STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO fue imputado, acusado y sentenciado constituyó un acto sexual realizado en presencia de una menor de catorce años de evidente relevancia típica en los términos del artículo 209 del Código Penal.

(i) Que el acusado procedió con ánimo libidinoso es algo que se puede inferir de las circunstancias contextuales en las que exhibió el pene a la ofendida. Lo hizo, en concreto, en un escenario que consciente y voluntariamente preparó para lograr intimidad y secretismo, esto es, en el cual sustrajo a la niña del espacio en el que se encontraba acompañada por otras personas para aislarla y quedar a solas con ella.

De igual manera, por cuanto ello sucedió en un contexto de perversión y desfiguración del rol por virtud del cual FUENTES NIÑO tenía relación con la menor. Es decir, la conducta no se realizó – como sucede típicamente en los actos de simple exhibicionismo – ante una persona aleatoria y en un espacio público neutro, sino en el marco de una relación social de confianza que en principio se consolidó para que el acusado ejerciera como docente de la ofendida, y de la cual aquél abusó para desplegar el comportamiento investigado. En esas condiciones, el comportamiento del acusado se dio en medio de un vínculo que, por su razón de ser, sentido y alcance, estaba llamado a ser inherente y

absolutamente *asexual*, y en el cual, dado que A.G. era menor de catorce años, no tenía ninguna cabida ni la más mínima mención o indicación a la genitalidad, y mucho menos su exposición. No se entendería tal proceder de no ser por el marcado ánimo libidinoso con que se desarrolló.

Tanto es así que, como quedó demostrado, el enjuiciado tenía el pene «*duro*» cuando lo mostró a la niña, reacción fisiológica indicativa de excitación y que, en el caso examinado, sólo puede razonablemente asociarse al acto sexual objeto de juzgamiento – a la anticipación de su realización y su ejecución misma –, pues en los momentos previos el acusado estaba sencillamente dictando clase.

(ii) El comportamiento de FUENTES NIÑO no se agotó con la sola exposición del pene erecto a la víctima, sino que estuvo precedido de la manifestación verbal según la cual le tenía una sorpresa. Aunque tal alocución considerada aisladamente está *por sí misma* desprovista de significación sexual, en el caso concreto evidentemente la tuvo.

Es que con ello el acusado reveló que la exposición de su pene erecto estaba dirigida explícita y específicamente a A.C.H.G. y no a otra persona, tanto así que no sólo la aislde quienes estaba en la primera planta (como ya se dijo), sino que además se lo mostró *por debajo de la mesa* a cuyo frente estaban sentados. Como si fuera poco, le advirtió antes de ello que sobre tal “sorpresa” no debía informar a nadie.

3.3.4 En suma: (i) FUENTES NIÑO mostró el pene a A.C. en un escenario de privacidad tras sustraerla de la vista de

otros presentes en la primera planta, es decir, tras crear un ambiente propicio para la actividad sexual, la cual normalmente suele desarrollarse en tales condiciones; (ii) cuando ello sucedió, lo tenía erecto; (iii) esa conducta se llevó a cabo en el contexto de un vínculo entre profesor y alumna que es inherentemente asexuado y en el cual la exhibición genital resulta indicativa de un ánimo libidinoso; (iv) ello estuvo acompañado de expresiones que, aunque aisladamente carezcan de connotación erótica, sí la tienen en escenarios como el presente.

De estas premisas se sigue que el acusado obró con ánimo libidinoso, pero además, en un contexto incontrovertiblemente sexual y, en tal virtud, su conducta sí actualizó el delito que le fue imputado. En ese orden, y aunque el tribunal se equivocó al entender que esos hechos actualizaron un acto sexual con menor de catorce y no uno realizado *en su presencia*, la sentencia impugnada deberá necesariamente confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

CONFIRMAR la primera condena irrogada contra STYVEN GIOVANNY FUENTES NIÑO por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, conforme la parte motiva de esta decisión.

Contra esta sentencia no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase,

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
SECRETARIA