

M. PONENTE	: LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
ACTA DE APROBACIÓN	: 148 de 2016
RADICADO	: 05001 60 00 208 2007 04306
CLASE DE ACTUACIÓN	: APELACIÓN
TIPO DE PROVIDENCIA	: SENTENCIA CONDENATORIA
FECHA	: 23 DE ENERO DE 2017
DECISIÓN	: CONFIRMA CONDENA-MODIFICA PENA
DELITOS	: ACTOS SEXUALES CON MENOR
<u>PROVIDENCIA</u>	

PROCESO: 05001-60-00-208-2007-04306
DELITO: Actos sexuales con menor de 14 años
CONDENADOS: G. A. A. G.
L. E. O. D.
PROCEDENCIA: Juzgado 10º Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia por allanamiento.
DECISIÓN: Confirma y modifica
M. PONENTE: Luis Enrique Restrepo Méndez



SALA DE DECISION PENAL

Medellín, veintitrés (23) de enero de dos mil diecisiete (2017).
Proyecto aprobado según Acta Nro. 148

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de los señores G. A. G. G. y E. O. D., en contra de la sentencia proferida el 12 de septiembre de dos mil dieciséis, por el Juzgado 10º Penal del Circuito de Medellín, a través de la cual se les condenó como autores del delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

I. ANTECEDENTES

Tuvieron ocurrencia entre los meses de mayo y junio del año 2006, cuando la niña de cuatro años LACC le contó a una tía suya, luego de que esta la viera en la habitación del señor L. E. O. D. en compañía del mismo, que “Don E.” le estaba tocando la vagina, además que le había metido las manos por dentro de la ropa interior, le colocó la mano de ella en los genitales de él, le dio un beso en la mejilla y le colocó la mano encima de la vagina; al preguntarle a la niña en cuantas ocasiones le había hecho eso Don E., la menor contestó que solo esa vez.

De igual manera, también en el año 2006, en el mes de mayo, el señor G. A. A. G., ejecutó hechos libidinosos en contra de la libertad y el pudor sexual de la niña LAAC, que para la fecha contaba con cuatro años de edad, cometiendo en ella actos abusivos, como que se le montaba encima cuando estaba desnuda, le chupaba la vagina y le ponía el pene encima de la vagina de ella.

La audiencia de formulación de imputación se verificó ante el Juzgado 17 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la ciudad, el día 25 de mayo de 2016, diligencia en la cual los señores E. O. D. y G. A. A. G. decidieron allanarse a los hechos atrás referidos, ocurridos en el año 2006.

El 22 de julio de 2016 la Fiscalía presentó el respectivo escrito de acusación con allanamiento a cargos, correspondiéndole por reparto al Juzgado 10º Penal del Circuito de Medellín, despacho que verificó su legalidad y profirió sentencia el 12 de septiembre siguiente, imponiéndoles a los señores G. A. A. G. y L. E. O. D., la pena de cincuenta

y tres punto trece (53,13) meses de prisión, por el delito de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Se les negó a ambos sentenciados la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por no cumplirse los requisitos objetivos para acceder a dichos beneficios.

II: DEL RECURSO

Inconforme con la decisión, la defensa de los señores G. A. A. G. y E. O. D., interpuso el recurso de apelación, quejándose frente al tema de la dosificación de la pena, ya que no le parece justo que el Juzgado haya impuesto el máximo de la sanción establecida en el primer cuarto.

Señaló que si bien es cierto el artículo 61 del Código Penal, le permite al fallador moverse dentro de los límites del cuarto mínimo, para llegar al tope de dicho cuarto se requieren circunstancias que ameriten tal decisión, y aunque estamos ante un hecho grave, esa gravedad no desborda la que es propia del punible objeto de investigación.

Tampoco le resulta admisible la rebaja del 35% que concedió el Juez como contraprestación al allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación, pues, considera, ese porcentaje debió ser del 50%, y no se puede argumentar que el hecho de que la Fiscalía tuviera en su poder elementos materiales con vocación de prueba, que señalan inequívocamente la responsabilidad de los procesados, fuera un obstáculo para conceder la máxima rebaja.

Destaca que sus asistidos aceptaron de manera temprana el cargo que se les hacía y de esa manera evitaron un amplio desgaste para la administración de justicia.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Esta Sala es competente para abordar el estudio de la decisión proferida por la *A quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el Art. 34 numeral 1º de la ley 906 de 2004.

2. Ha de recordar la Sala el carácter restringido que ostenta la competencia del *ad quem*, que lo obliga a circunscribir su análisis única y exclusivamente al tema propuesto por el recurrente, con mayor razón cuando se enfrenta a una fallo de condena producto de una forma de terminación anticipada del proceso, circunstancia que restringe el alcance del interés para recurrir y, por contera, los motivos de discusión en segunda instancia.

3. La censura de la defensa tiene que ver con determinar si la *a quo* se equivocó en la dosificación punitiva en cuanto a dos aspectos: i) La asignación de la máxima pena establecida en el primer cuarto de movilidad por parte del juez de conocimiento; y ii) la rebaja de pena otorgada por el fallador en razón del allanamiento a cargos.

3.1. Para abordar la primera de las críticas, resulta oportuno comenzar por reparar en el hecho de que el recurrente limitó su discurso a afirmar que estamos ante un hecho que no desborda la gravedad propia del punible por el cual fue condenado su prohijado, omitiendo realizar un análisis de los criterios orientadores del inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, cuya finalidad es, junto con otros factores, dotar de herramientas al juzgador para delimitar la sanción.

En el presente asunto, el juez *A quo* optó por el cuarto mínimo, según reconoce el propio defensor, de tal suerte que el paso siguiente era la tarea de individualizar la pena, con base en tales criterios orientadores, atendiendo la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial causado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

En éste punto, ya la Corte¹ tiene definido que el análisis que haga el fallador de alguno o algunos de los aspectos reseñados, con miras a apartarse de la menor pena del cuarto mínimo, se fundamenta en el carácter discrecional de la labor mesuradora, que en todo caso debe motivarse, sin que la mayor gravedad de la conducta que se tenga en cuenta para tal efecto, implique revivir el tema superado de la pena básica.

En efecto, el juez de conocimiento, luego de traer a colación las referidas directrices, agregó lo siguiente:

“...atendiendo a que para el momento de los hechos la niña LAAC contaba con escasos cuatro años de edad, y que los victimarios se aprovecharon de además del parentesco, de la convivencia en el mismo domicilio, la inmadurez e inocencia de esa niña de la misma (sic) para realizar los actos sexuales sobre ella, consistentes en diversas maniobras erótico sexuales sobre el cuerpo y las partes pubendas de esta niña, lo que denota una mayor gravedad de la conducta, mayor intensidad del dolo, a lo que ha de sumarse, que estos actos fueron observados por los hermanitos de la menor, en tanto que muchos de esos actos lujuriosos y libidinosos que ejecutó G. A. A. G. en cuerpito de su hermanita, ellos los observaron por ventanas y hendijas de la puerta, sumado a la concreción efectiva del daño al bien jurídico protegido por la ley...”

De lo anterior se puede inferir que aunque la primera instancia sí motivó el incremento punitivo, sus argumentos no se tornan lo suficientemente fuertes como para llevar la pena hasta el máximo del primer cuarto, teniendo en cuenta que adujo el fallador que uno de los factores que incrementaron la gravedad del hecho fue que los actos sexuales al parecer fueron observados por otros menores hermanos de la víctima, situación que se torna inidónea para la tesis que se pretende justificar, teniendo en cuenta que el evento de ser visto por otros niños a través de la hendija de una puerta no es algo que dependiera de la voluntad de alguno de los procesados.

Así, aunque la Sala considera que las conductas desplegadas por los señores G. A. G. G. y E. O. D., son extremadamente graves en atención a las circunstancias en que se cometieron los abusos sexuales, lo cierto es que el amplio incremento punitivo realizado por el *A quo* no aparece plenamente justificado, motivo por el cual la

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 34939 del 29 de septiembre de 2010.

sentencia será modificada en cuanto al punto de punibilidad, realizando un aumento de 10 meses al mínimo del primer cuarto, para un total de 74 meses de prisión.

3.2. El segundo tema tocado por la defensa, se refiere a que, en su criterio, se aplicó indebidamente el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, ya que a sus defendidos, a pesar de haber aceptado su responsabilidad en la audiencia de imputación, se les aplicó una rebaja de un 35%, cuando debió ser de la mitad, dado el momento procesal en que se produjo el allanamiento a cargos.

Como primera medida, debemos tener en cuenta que sobre el tema de los beneficios jurídicos para delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, por hechos ocurridos antes de entrar en vigencia la Ley de Infancia y Adolescencia – Ley 1098 de 2006-, existe un precedente emitido desde la Corte Constitucional, que en la sentencia de tutela T-794 de 2007, la cual fue aprobada por dos de sus miembros con un salvamento de voto, consideró que no era procedente la rebaja punitiva si el acuerdo o el allanamiento se realizaba en vigencia de la mencionada ley, sin tener en cuenta la fecha en que ejecutara la conducta típica.

No obstante lo anterior, tal tesis no es acogida por la Sala, al considerar que negar el beneficio de rebaja punitiva en virtud de allanamientos o preacuerdos con la Fiscalía, para conductas de índole sexual con víctimas menores, cometidas antes del 7 de noviembre de 2006, fecha en que comenzó a regir la llamada Ley de Infancia, significaría ir en contravía de los principios de legalidad de pena y favorabilidad, pilares de nuestro sistema penal.

Al respecto, se pronunció la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“No hay duda que hacer efectiva la prohibición de rebaja de pena por preacuerdo o por allanamiento a hechos con sujeto pasivo menor de edad cometidos antes de noviembre 7 de 2006 constituye una flagrante violación del debido proceso en sus modalidades de legalidad de la pena y de la favorabilidad, pues ello equivale *-mutatis mutandis-* a aplicar retroactivamente una norma que comporta efectos desfavorables. Cualquier juez que así actúe (individual o colegiado, incluidas las

altas corporaciones judiciales) incurre en abierta vía de hecho y su pronunciamiento (sin importar en qué instancia lo haga) está viciado, carece de juridicidad y por ello es refractario a la generación de cualquier efecto jurídico, y consecuentemente no puede servir como precedente judicial.”²

Así, estima la Sala, teniendo en cuenta que en este caso los delitos objeto de imputación fueron ejecutados entre los meses de mayo y junio de 2006, se vislumbra legal la expectativa de los imputados para acceder a una rebaja en la punibilidad en atención a su allanamiento a cargos efectuado de manera libre y espontánea, de conformidad con el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, pues con ello se les reconoce su derecho a ser cobijados por la ley vigente para el momento de comisión de los hechos que se investigan.

Superado lo anterior, se debe decir que, aludiendo a las rebajas de pena, se tiene que cuando la normatividad impone un ámbito de movilidad (hasta la mitad, hasta la tercera parte..) lo hace bajo un doble propósito: que si se trata de preacuerdos exista el margen de negociación entre fiscal e imputado, y que en el evento del allanamiento sea el juez quien tenga el manejo discrecional de tal oscilante reducción, facultad ésta que no puede obedecer a aspectos como la gravedad del delito, la entidad del daño causado, la naturaleza de las circunstancias concurrentes, etc., en la medida en que el uso de tales baremos ya se agotó a la hora de individualizar la pena al interior del respectivo cuarto.

Frente al tema, la Corte ha manifestado:

“Los factores a tener en cuenta para efectos de mayor o menor aproximación al monto máximo de reducción deben obedecer a criterios post delictuales, tales como el alcance del aporte benéfico a la investigación en aspectos como el descubrimiento de otros partícipes o de otras conductas punibles, la reparación a las víctimas, la mayor o menor economía procesal originada en la aceptación de los cargos, etc.

² Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Sala de Decisión de Tutela. Radicado T-39938 del 16 de enero de 2009.

Ha sido justamente ésta última una de las referencias a valorar a la hora de concretar el monto de la rebaja en el allanamiento, la que unida a la colaboración en la búsqueda de la verdad que genera la admisión de responsabilidad, se ofrecen como los referentes que sirven al juez para tal misión. No es sólo el ahorro en el trámite procesal lo que aparece un significativo descuento punitivo; tan importante –o más que aquél– es el descubrimiento de la realidad material, porque sin duda una oportuna aceptación de cargos facilita en grado extremo el juicio de responsabilidad.”³

Al respecto se debe decir que razón le asiste al defensor en su crítica, pues la primera instancia no justificó con suficiencia los fundamentos para no otorgar a los procesados la máxima rebaja por el allanamiento a cargos en sede de audiencia de imputación, limitando su discurso a destacar el “*alto despliegue investigativo ejecutado por la Fiscalía*”, lo cual permitió la individualización de los acusados como autores responsables de la conducta endilgada.

Contrario a lo anterior, estima la Sala que la aceptación de cargos expresada en forma temprana por los imputados, evitó un evidente desgaste para la administración de justicia, sobre todo en atención al tipo de punible que nos convoca, dada la carga emocional que generan los procesos por delitos sexuales en contra de menores de edad y la posible revictimización que conlleva la presencia de los niños víctimas en las audiencias cuando son citados a rendir testimonio, situación que precisamente fue la que se evitó con la manifestación de allanamiento realizada por los procesados.

No es pues, como lo entendió el *A quo*, que la cantidad de elementos materiales probatorios recogidos por la Fiscalía se conviertan en la regla que delimita el porcentaje de rebaja por aceptación de cargos, ya que esas labores previas de indagación en la mayoría de las veces se realizan a espaldas del indiciado, siendo solo hasta la audiencia de imputación cuando los ciudadanos tienen la oportunidad de conocer la existencia del trámite en su contra y la comunicación del punible por el cual se les encausa, por lo que no podría operar en su contra las labores previas que haya ejecutado el Ente Acusador en ejercicio de su labor constitucional, máxime en este caso donde desde la

³ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. Radicado 36502 del 5 de septiembre de 2011.

denuncia primigenia ya se conocían plenamente los presuntos autores de la conducta punible.

Es por esto que considera la Sala que el porcentaje de rebaja al que se hacen acreedores los imputados, debe ser del 50 % sobre la pena fijada, y en ese sentido se modificará la sentencia, en atención a su disposición de aceptar los cargos desde su primera aparición dentro del trámite judicial, pues no hay duda que con su decisión hicieron un importante aporte para el descubrimiento de la verdad, sin tener que llegar hasta un juicio con el consiguiente desgaste tanto para la administración judicial como para las víctimas.

En consecuencia, la pena fijada por la Sala en este fallo, 74 meses, será disminuida en la mitad, quedando en definitiva en 37 meses de prisión. Igualmente se les impondrá la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones por el mismo término de la sanción principal.

4. Como los hechos objeto de esta investigación ocurrieron a mediados del año 2006, se tiene que la concesión del subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de pena, estaba reglamentada en el Art. 63 de la Ley 599 de 2000, que señala lo siguiente:

Artículo 63. *Suspensión condicional de la ejecución de la pena.* La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurran los siguientes requisitos:

1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres (3) años.
2. Que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena....

Así, teniendo en cuenta que los procesados serán condenados a pena mayor de 3 años de prisión, es evidente que no se cumple con el requisito objetivo plasmado en la norma, por lo que no se puede acceder al citado beneficio en virtud del anterior articulado.

En igual sentido, la concesión de la prisión domiciliaria estaba reglamentada en el Art. 38 de la Ley 599 de 2000, vigente para el momento de los hechos, que señala:

“Artículo 38. La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurren los siguientes presupuestos:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de **cinco (5) años de prisión** o menos.
2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.
3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones.....

Como el delito por el cual cursa el presente proceso, actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, parte de una pena mínima de 64 meses de prisión, que equivalen a 5 años y 4 meses, tampoco se cumple en este caso con el requisito objetivo estipulado en el numeral primero del artículo antes transcrito.

Ahora, si por favorabilidad quisiéramos acudir a la ley 1709 de 2014, que hizo más benévola la anterior normatividad, estaríamos ante un obstáculo infranqueable, que no es otro que la prohibición que trae el artículo 68 A de la Ley 599 de 2000, que prohíbe la concesión de los beneficios de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria para las personas condenadas por delitos en contra de la libertad, integridad y formación sexual, como lo es el caso que nos ocupa.

Por último, quiere resaltar la Sala que la primera instancia omitió realizar pronunciamiento alguno en relación con la orden de captura que debió emitirse en contra de los procesados, incluso desde el momento en que se anunció el sentido del fallo, situación de la cual se infiere que el Juzgado quiso diferir la ejecución de la sentencia hasta el momento en que la misma quedara en firme, actuación que aunque la Sala no comparte, tampoco entrará a modificar, teniendo en cuenta el principio de “*no reforma en peor*” que gobierna la actuación penal.

Por lo expuesto, la Sala de decisión penal del H. Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia condenatoria dictada el doce (12) de septiembre de 2016, por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín (Antioquia), en contra de los señores **G. A. A. G. y L. E. O. D.**, pero **MODIFICA** la pena impuesta a dichos ciudadanos, fijándola en **TREINTA Y SIETE (37) MESES** de prisión y pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, como responsables del punible de Actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, sin que sean acreedores a los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni la prisión domiciliaria. Lo anterior de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSE IGNACIO SANCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO