



## **SALA PENAL**

Medellín, primero (01) de noviembre dos mil dieciséis (2016).

<b>RADICADO</b>	05686-61-00079-2011-80326
<b>PROCESADO</b>	J. E. E. M.
<b>DELITOS</b>	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS E INCESTO EN CONCURSO HOMOGENEO Y SUCESIVO
<b>PROCEDENCIA</b>	JUZGADO 23° PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Magistrado ponente:

**DR. ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**

Proyecto aprobado en Sala del veinticuatro (24) de octubre de dos mil dieciséis (2016), mediante Acta Nro. 29 y leído en la fecha

### **1. ASUNTO A DECIDIR**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el defensor público del señor **J. E. E. M.**, contra la sentencia condenatoria emitida en su contra el pasado 4 de abril de 2016 por la Juez Veintitrés Penal del Circuito de Medellín, por los delitos de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** e **INCESTO**.

### **2. HECHOS**

El 28 de noviembre del año 2011, en las oficinas de las **SIJIN** del municipio de Santa Rosa de Osos (Antioquia) el patrullero **JAVIER ALONSO MENDOZA**, radicó una noticia criminal, explicando que había recibido información de la Comisaría de Familia sobre un posible abuso sexual cometido de manera prolongada en el tiempo por el señor **J. E. E. M.**, sobre

su menor hija D.A.E.A<sup>1</sup>, entre los años 2006 al 2009, cuando la niña tenía entre 5 y 7 años de edad.

Según consta en la denuncia, el padre de la niña la sometió a todo tipo de vejámenes sexuales, tocamientos y penetración vaginal, aprovechando que ambos vivían solos en un ranchito de precarias condiciones ubicado en el barrio la Sierra de esta ciudad, toda vez que la madre de la menor la abandonó cuando tenía un año de edad y que además utilizaba a la niña en su actividad de cantante de buses, para que recogiera el dinero que le daban por dicho oficio.

### 3. RECUENTO PROCESAL

Por los anteriores hechos y tras haber legalizado el procedimiento de captura del ciudadano, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación al señor **J. E. E. M.** por el concurso homogéneo y sucesivo de **ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS** en concurso heterogéneo con **INCESTO**; no obstante, el imputado no se allanó a los cargos. En esa misma diligencia, a solicitud de la Fiscalía se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Presentado el escrito de acusación, le correspondió el conocimiento al Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de esta ciudad, ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente, el 4 de abril de 2016, se profirió sentencia condenatoria en contra del acusado, la cual fue impugnada por la defensa.

### 4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La Juez de primera instancia, tras un breve recuento de los hechos y de la prueba recaudada, llegó a la conclusión que el análisis conjunto de la prueba de cargo, en especial del testimonio de la menor ofendida, es suficiente para llegar al convencimiento más allá de toda duda, no solo

---

<sup>1</sup> Los datos de la víctima se omitirán, de conformidad con las pautas fijadas por el Código de la Infancia y la Adolescencia y la Corte Constitucional, en aras de proteger el derecho a la intimidad y respetar el interés superior de la menor, tal y como lo dispone el art. 192 de la Ley 1098 de 2006 y la Sentencia T-551 de 2006 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

sobre la existencia del hecho delictivo, sino la responsabilidad del señor ESPINAL MONTOYA en la ocurrencia del mismo.

Expuso que las conductas imputadas a este no solo son típicas, sino antijurídicas y culpables, que se demostró la capacidad y el discernimiento del acusado sobre la ilicitud que cometía, en especial cuando amenazaba a la menor con golpearla si contaba lo sucedido, de ahí que haya emitido un sentido de fallo condenatorio en su contra.

En cuanto a la solicitud de la defensa relacionada con el reconocimiento de la circunstancia de marginalidad y pobreza extrema, expresa que si bien se probó que el acusado tenía una difícil situación económica, que laboraba cantando en los buses, y que no contaba con los medios para subsistir, ello no implica que esas circunstancias influyeran en el delito, pues no se trata de un atentado contra el patrimonio económico, sino contra la libertad, integridad y formación sexual de una menor de edad, que además es su propia hija. Por otro lado, tampoco puede predicarse que había ignorancia, ya que, si bien no es una persona con estudios superiores, tampoco se trata de un analfabeto que no conociera los deberes que le impone la paternidad, en especial el cuidado que debe tener con menores de edad. De ahí que no accedió al reconocimiento de esa diminuyente punitiva.

En punto a la dosificación punitiva, por tratarse de varias conductas punibles, le impuso una pena de 12 AÑOS de prisión por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, los cuales incrementó en 12 meses en razón al concurso homogéneo, y en otros 12 meses más, por el delito de INCESTO, para un total de pena de 14 años de prisión. Así mismo, le impuso como pena accesoria la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término, negando todo tipo de subrogados penales por expresa prohibición legal.

## **5. FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN**

Inconforme con la decisión, la defensora del procesado interpuso recurso de apelación, mostrando desacuerdo exclusivamente con la negativa de la A quo de reconocer la circunstancia de marginalidad, ignorancia y pobreza

extrema en favor de su representado solicitada desde los alegatos de conclusión, pese a que la misma se acreditó fehacientemente con la prueba testimonial recaudada. Para efectos de sustentar el caso, citó textualmente lo expuesto por la falladora, para concluir que esta hizo una valoración precaria de las evidencias que dan cuenta de esta situación, y donde se denota que fue su pobreza la que le hizo perder la noción de ese principio de protección para con su hija menor. Por lo anterior, insiste en que se reconozca a su defendido la mencionada disminuyente punitiva y se proceda a la dosificación respectiva.

## **6. CONSIDERACIONES**

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto en virtud de lo previsto en los artículos 34 numeral 1°, 176 de la ley 906 de 2004 y el artículo 91 de la ley 1395 de 2010.

Acogiendo la limitación temática que impone la apelación, la Sala se ocupará de resolver el punto objeto de inconformidad, esto es, lo relativo a la negativa de la *A quo* de reconocer la disminuyente punitiva contenida en el artículo 56 del Código Penal al sentenciado, aun cuando la misma fue acreditada en debida forma.

### **6.1. DEL RECONOCIMIENTO DE LA CIRCUNSTANCIA DE MARGINALIDAD, IGNORANCIA Y POBREZA EXTREMA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 56 DEL CODIGO PENAL.**

Para nadie es un secreto que el mundo en general y nuestro país en particular posee un altísimo nivel de personas que se encuentran bajo condiciones de ignorancia, marginalidad y pobreza extrema, que en muchas ocasiones los lleva a franquear las puertas de la delincuencia, circunstancias que imponen a los administradores de justicia brindar un tratamiento diferenciado a este tipo de población, precisamente porque es innegable que en la mayoría de las veces no tienen otra alternativa.

Precisamente con el fin de dar una respuesta penal adecuada a estos casos, en nuestra legislación existen dos normas que bajo unas condiciones especiales permiten otorgar un trato diferenciado a estos ciudadanos: la primera es el artículo 32 del Código penal, que consagra el estado de necesidad como una causal excluyente de responsabilidad; la segunda es el artículo 56 *Ibíd*, que prevé unas causales de atenuación punitiva para las personas que son movidas a cometer el delito por las condiciones ya citadas.

Para efectos de analizar el problema jurídico planteado abordaremos el estudio desde la perspectiva de la causal de atenuación mencionada: Para comenzar, tenemos que las situaciones contempladas en el artículo 56 del Código Penal enunciadas como marginalidad, ignorancia y pobreza extrema consagran tres factores diferentes, cuya influencia es de tal entidad, que puede afectar la voluntad o la autodeterminación del ser humano y llevarlo a cometer conductas reprochables penalmente.

La primera de ellas, esto es, la **MARGINALIDAD**, es un vocablo que se caracteriza por ser ambiguo y polisémico<sup>2</sup>. Sin embargo, y más allá de su uso coloquial, el término es utilizado en las ciencias sociales para dar cuenta de los efectos heterogéneos y desiguales que se genera con la industrialización y el desarrollo social. De ahí que existan varios tipos de marginalidad: cultural<sup>3</sup>, educacional<sup>4</sup>, laboral<sup>5</sup>, psicológica<sup>6</sup>, económica<sup>7</sup>, y social<sup>8</sup>. A nivel conceptual, la marginalidad es entendida como una situación en la que se encuentra una persona o grupo social que vive o actúa de modo voluntario o forzoso fuera de las normas sociales comúnmente admitidas.

Esto significa que la situación personal de un individuo marginal no la da la posición económica favorable o desfavorable, sino el rol que ese ciudadano

---

<sup>2</sup> Cingolani, P. (2009). Marginalidad(es). Esbozo de diálogo Europa-América Latina acerca de una categoría sociológica. *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo* (2. época), 14 (22), 157-166.

<sup>3</sup> Es aquella derivada de estratos sociales aislados, sistemas de castas, clases sociales extremas etc.

<sup>4</sup> Se refiere a aquel grupo poblaciones que se divide por su conocimiento en analfabetos, incultos, letrados, profesionales y elites educacionales.

<sup>5</sup> trabajadores, desempleados, jubilados, inmigrantes, indocumentados, ancianos etc, en general, todas las personas improproductivas e incapaces de aportar su fuerza de trabajo.

<sup>6</sup> Niños, dementes, interdictos, subnormales, discapacitados etc.

<sup>7</sup> Se refiere a todos aquellos que no tienen arraigo determinado: vagabundos, mendigos, gitanos, hippies etc.

<sup>8</sup> Hace alusión a prostitutas, drogadictos, alcohólicos, delincuentes, maleantes y en general todas aquellas personas con conductas desviadas e incompatibles con las costumbres sociales.

desempeña al interior del sistema social, y que puede o no tener incidencia en la comisión de conductas punibles. En conclusión, la marginalidad es el estado en el que un individuo o grupo social no es considerado parte, o lo es, pero como parte externa, de una determinada sociedad.

La **IGNORANCIA** hace alusión a la falta de ilustración o carencia de elementos intelectuales y culturales necesarios para adecuar el propio comportamiento a los requerimientos sociales. Así considerada, esta circunstancia es un adjetivo que se aplica a una persona que carece de conocimientos.

De allí que la ignorancia es una cuestión común a todas las personas, ya que todo proceso de aprendizaje parte un inicial desconocimiento, de modo que, todos somos o hemos sido activamente ignorantes sobre incontable cantidad de temas. No obstante, para efectos penales, se asimila la ignorancia a la condición de aquellos individuos que, como resultado de no haber recibido educación o instrucción de ningún tipo, son ampliamente desconocedores de una gran cantidad de materias.

Por último, está la **POBREZA EXTREMA**, la cual es definida como el estado en el cual las personas son incapaces de satisfacer sus necesidades básicas para vivir, como el acceso a alimentos, agua potable, techo, sanidad, educación, salud etc. En nuestro país, la pobreza extrema, denominada también como pobreza absoluta implica la falta total de recursos materiales para subsistir, pero su medición varía dependiendo del nivel de ingresos medios de la sociedad y según los datos recopilados por el DANE, se predica de aquellos hogares que reciben ingresos por debajo de los \$408.436 pesos.

Ahora bien, estas circunstancias se caracterizan en primer lugar porque son situaciones de orden personal que recaen directa e inmediatamente sobre el individuo, por ende, se constituyen en factores determinantes para cometer el hecho, en segundo lugar, son circunstancias permanentes, de allí que se predique como punto de referencia la "*profundidad*" de las mismas, la cual induce o influye en la comisión del hecho, como una especie de *vis*

*compulsiva* que atenúa la responsabilidad. No obstante, todos estos aspectos deben ser demostrados en el juicio oral para el reconocimiento de la respectiva rebaja punitiva, ya que, en algunos casos, por su naturaleza, son incompatibles con la conducta punible ejecutada.

En el caso que nos ocupa, de acuerdo con lo probado en el juicio oral, es indiscutible que el procesado, para la fecha de los hechos, se encontraba en condiciones sociales y económicas de estimable dificultad, en la medida en que no contaba con los medios necesarios para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su menor hija, pues vivían en una zona marginada de la ciudad, conocida como un barrio de asentamiento irregular, en un rancho con palos y plástico, sin ningún tipo de servicios públicos; empero ello es insuficiente para predicar que esa circunstancia anuló su voluntad a tal punto, que lo condujo a atentar contra la libertad, integridad y formación sexual de su propia hija menor de edad.

En efecto, a pesar de que en Colombia es alto el porcentaje de abuso sexual infantil y que numerosos estudios han señalado que las condiciones de pobreza son un factor que incrementa el riesgo de abuso sexual infantil, debido a que muchas familias padecen condiciones de hacinamiento, promiscuidad, violencia, desempleo, bajas condiciones de habitabilidad de las viviendas, carencia de una información sexual adecuada, etc; también se sabe que este tipo de delitos se cometen con mucha frecuencia en los estratos medios y altos de la sociedad, sin que en su comisión influyan aspectos de orden económico. En esa medida, el argumento de la defensa resulta falaz, pues las condiciones de indigencia, la falta de ilustración o la pobreza no pueden servir como patente de corso para avalar la conducta desviada del procesado, menos para instituir una regla de experiencia tan absurda, como que las personas de escasos recursos, pueden desconocer los derechos de sus propios hijos, debido a que la realidad del entorno en el que habitan justifica su actuar.

Por otra parte, se sabe que el señor JOSÉ ESAÚ a pesar de su lamentable nivel socioeconómico, no tenía ningún impedimento en utilizar los pocos recursos que conseguía con su actividad informal de cantar en buses –en la

que valga resaltar también obligaba a participar a su hija menor- para destinar prácticamente la totalidad de sus ingresos al consumo de bebidas alcohólicas y estupefacientes, despreocupándose de las necesidades de la niña, quien fue encontrada en mal estado por su tía, además según el relato de esta, este la obligaba a sostener relaciones sexuales y cuando le contó a su tía lo que le hacía, la golpeó, por lo que no volvió a decir nada.

Es decir, el procesado a pesar de su poco nivel cultural, tenía pleno conocimiento de que su conducta era constitutiva de delito, al punto tal, que cuando hablaba con su hija por teléfono la chantajeaba para que no dijera nada de lo que le hacía, ofreciéndole regalos y diciéndole que la quería mucho; así mismo se presentó borracho en varias ocasiones al orfanato en el que estaba interna y como no le permitieron verla, se enojó con la directora de la Institución.

En conclusión, aunque en términos de probabilidad las situaciones de abuso sexual son más frecuentes en los barrios marginales, lo cierto es que pueden estar presentes en todas las clases sociales y ambientes, de allí que no haya conexidad entre el actuar del procesado y el bien jurídico protegido, que permita predicar la imprescindible necesidad de este de maltratar a su hija y convertirla en un objeto sexual, para sobrellevar esa situación de pobreza extrema, o que por esta circunstancia, se deba relativizar el principio de interés superior del niño, al punto de anularlo, cuando existe un conocimiento mínimo por parte del víctimario de que su conducta es ilícita y además siempre tuvo la posibilidad (en términos de voluntad) de determinarse conforme a esa comprensión.

Así las cosas, podemos afirmar que ninguno de los argumentos expuestos por la defensora del señor **J. E. E. M.** está llamado a prosperar, en consecuencia, esta Sala Penal de decisión **CONFIRMARÁ** íntegramente el fallo objeto de apelación.

Por último, se recuerda a la juez de primera instancia, así como a la Fiscalía, que en este tipo de delitos es pertinente dar aplicación a las penas accesorias consagradas en los numerales 10 y 11 del artículo 43 del Código



Penal (adicionados por el artículo 24 de la ley 1257 de 2008) y el artículo 47 ibíd, como quiera que la víctima tiene una relación de parentesco directo con el procesado, no obstante, no se dispondrá la adición del fallo, en cumplimiento del inciso 2 del artículo 31 de la Constitución Política, por tratarse de apelante único.

Sin embargo, atendiendo lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 9, 18 y siguientes de la ley 1098 de 2006, sobre la prevalencia de los derechos de los niños, el deber de las autoridades estatales de protegerlos de toda conducta que pueda causarles daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico; así como de prevenir las diferentes formas de violencia de que puedan ser objeto y garantizar el efectivo restablecimiento de los derechos, se dispone oficiar al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** con el fin de poner en su conocimiento la situación de la menor **D.A.E.A.**, para que adopten las medidas de protección pertinentes, en aras de evitar que la niña siga en contacto con el procesado, como quiera que éste –en su condición de progenitor- tiene acceso a ella permanentemente.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** íntegramente la sentencia objeto de apelación, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

**SEGUNDO: OFICIAR** al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**, con el fin de poner en su conocimiento la situación de la menor **D.A.E.A.**, para que adopte las medidas de protección pertinentes, en aras de evitar que la niña siga en contacto con el procesado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

Sentencia de Segunda Instancia  
Radicado: 05001-60-00206-2011-80326  
Procesado: JOSÉ ESAÚ ESPINAL MONTOYA  
Delito: Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años e incesto

**TERCERO:** Esta decisión se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación conforme a los parámetros establecidos en los artículos 180 y siguientes de la ley 906 de 2004.

**CUARTO:** Envíese copia de esta providencia al Juez de instancia.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ**  
Magistrado

**GERMÁN DARÍO QUINTERO GÓMEZ**  
Magistrado

**RICARDO DE LA PAVA MARULANDA**  
Magistrado