

DESCRIPTOR: Delitos sexuales contra menor.

RESTRICTOR Improcedencia de rebaja de pena por allanamiento o preacuerdo

Delegado del Ministerio Público. facultad para recurrir la sentencia respecto de la pena



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 096

(Sesión del 3 de agosto de 2017)

Radicado: 05-001-60-00206-2016-15384
Sentenciado: Vladimir Rave Agudelo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.
Asunto: Delegado del Ministerio Público apela la sentencia respecto de la rebaja de pena por allanamiento
Decisión: Confirma condena. Modifica pena.
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 11 de agosto de 2017

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó el delegado de la Procuraduría General de la Nación contra la sentencia del 2 de marzo de 2017, por la cual el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, al condenar a Vladimir Rave Agudelo, le otorgó rebaja de pena por allanamiento, no obstante de que se trata de un delito sexual contra menor de edad, respecto del cual existe expresa prohibición legal.

2. HECHOS

El 19 de marzo de 2016, a eso de las 14:00 horas, en el inmueble ubicado en la carrera 19 N° 59-29, barrio Llanadas de la nomenclatura oficial de esta ciudad, sitio en el que funcionaba una miscelánea, Vladimir Rave Agudelo, agredió a la menor de 13 años de edad, L.M.B.P.¹ tomándola de manera sorpresiva por una de sus manos, obligándola a ingresar a una de las habitaciones, donde la arrojó a una cama, para allí manosearla por todo el cuerpo, incluidos pechos y región vaginal, a la vez que intentaba besarla en la boca. La menor huyó del lugar.

3. Actuación procesal relevante

3.1 Escrito de acusación.

El 13 de mayo de 2016 la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación contra Vladimir Rave Agudelo por el delito de **acto sexual violento agravado** por ser cometido contra una persona menor de 14 años, delito que tiene una pena mínima de 128 y máxima de 288 meses de prisión.

3.2 Audiencia de acusación.

El 12 de agosto de 2016, ante el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con funciones de conocimiento la Fiscalía modificó la calificación jurídica de la conducta y acusó al imputado por la comisión del delito de **acto sexual abusivo con menor de 14 años**, delito que tiene prevista una pena mínima de 108 meses de prisión y máxima de 156. Frente a estos cargos el procesado se allanó.

3.3. Audiencia de individualización de pena y sentencia.

En la misma fecha de la audiencia de acusación, La Fiscalía y el Ministerio Público solicitaron que se le impusiera la pena mínima, sin derecho a rebajas

¹ Como esta sentencia, es pública puede ser publicada, se omite el nombre de la menor se anotan solo sus iniciales y en adelante se le llamara "menor" para efectos de proteger sus derechos fundamentales.

ni subrogados. La defensa manifiesta que no proceden los subrogados, pero procede la rebaja de pena por el allanamiento a cargos.

3.4. Sentencia impugnada.

El 02 de marzo de 2017 se leyó la sentencia condenatoria. La que se fundamentó en el allanamiento y en los elementos materiales probatorios arrimados, de los que se infiere la autoría y responsabilidad.

Al momento de tasar la pena, el *a quo* se ubicó dentro del cuarto mínimo de punibilidad, no obstante no impuso el tope mínimo sino que optó por un *quantum* mayor: 115 meses de prisión. Por el allanamiento otorgó rebaja del 40 por ciento, para una sanción final de 69 meses de prisión sin derecho a subrogados.

3.4.1. Argumentos para la reducción de la pena.

El *a quo* argumentó que la prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, que no permite rebaja de pena para quien acepta los cargos en delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos contra niños y adolescentes, contiene una discriminación inaceptable y es una manera injusta de tratarlo, por las siguientes razones:

Este tipo de prohibiciones atentan contra el debido proceso y la sistemática penal acusatoria, al punto que la puede llevar a la hecatombe por congestión.

Tanto la actividad del legislador como la del operador judicial está limitada por unos principios rectores que no pueden ser desconocidos. El art 199 es una regla de menor *status* frente a los principios rectores del Código Penal, por ello es posible aplicar lo que la doctrina ha llamado excepción de principalidad.

El *a quo* entiende que existen tres niveles jerárquicos en las normas: *i)* las constitucionales; *ii)* los principios rectores; y, *iii)* por último en el nivel más bajo las reglas contenidas en las demás disposiciones legales.

Radicado: 05-001-60-00206-2016-15384
Sentenciado: Vladimir Rave Agudelo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

Conforme a la regulación del artículo 351 del C.P.P. “la aceptación de los cargos, determinados en audiencia de formulación de imputación comporta una rebaja de hasta la mitad de la pena imponible.” Esta rebaja no es una concesión, liberalidad o beneficio consecuencia del acto de allanamiento. Es el justo precio. La compensación, derecho propio que no puede desconocerse con una norma de menor jerarquía.

La prohibición del citado artículo 199 atenta contra el principio de prevalencia de la dignidad humana. Crea un procedimiento penal *ad hoc* discriminando negativamente a los autores de los estos delitos contra menores.

Resulta absurdo informarle al procesado la posibilidad jurídica de renunciar al juicio y aceptar los cargos, para luego decirle que por ello no tendrá derecho a rebaja de pena.

Otorgar la rebaja por allanamiento no contraviene la prevalecía constitucional de los derechos del menor, porque unas son las garantías al debido proceso que tiene el acusado y otras son las que buscan privilegiar de manera preventiva a los menores. Son cometidos constitucionales completamente distintos y no hay confrontación entre el principio de prevalencia de los derechos de los menores y la prevalencia de los principios rectores.

La prohibición atenta contra la filosofía del procedimiento acusatorio y lo entorpece, dilatando la expedición de sentencias y re victimizando a los menores, lo que resulta desprestigiando la administración de justicia.

3.5. Apelación.

3.5.1. Delegado del Ministerio Público.

El delegado del Ministerio Público solicita modificar la sentencia en punto de la concesión de la rebaja del cuarenta por ciento de la pena como consecuencia del allanamiento, pues lo prohíbe expresamente el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, y en su lugar se fije la sanción en 115 meses de prisión.

Radicado: 05-001-60-00206-2016-15384
Sentenciado: Vladimir Rave Agudelo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

Los argumentos que sustentan su solicitud son:

Corresponde al legislador, dentro del ámbito de configuración normativa establecer beneficios y exclusiones para ciertas clases de delitos, así lo estableció la Corte Constitucional en la C-073 de 2010, al declarar la exequibilidad de la Ley 1121 de 2006.

No es posible aplicar la excepción de inconstitucionalidad, a la prohibición prevista en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, argumentando que viola el principio de unidad de materia, porque su contenido se ajusta a los fines de la norma superior conforme lo decidió la Corte Constitucional en la sentencia anteriormente citada.

Los postulados sobre las normas rectoras de los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, enunciados por el *a quo* los encuentra ajustados al ordenamiento jurídico, lo que no encuentra es cómo estas reflexiones se aplicarán al caso concreto, pues los derechos fundamentales del procesado se respetaron y la obtención de rebajas por allanamiento no es la aplicación de norma rectora

La referencia al Código Civil y al fenómeno de la compensación es desafortunada, porque en el sistema acusatorio colombiano, la Fiscalía no puede disponer libremente, como si fuera un particular, de la acción penal.

Respecto de que la prohibición no puede extenderse a la aceptación de cargos, plantea dos argumentos para rebatirlo:

Respecto de que la prohibición es una regla de menor *status* afirma que el Código de Procedimiento Penal y la Ley de Infancia y Adolescencia regulan asuntos diferentes y estas últimas se aplican según el artículo 5 que define su naturaleza, de preferencia a otras normas, a más de que la ley de infancia y adolescencia es de carácter especial, por lo que no existe ninguna colisión entre los principios rectores del procedimiento penal y las normas que regulan los derechos superiores de los infantes y adolescentes.

En relación con el argumento del *a quo* de que la aceptación de los cargos comporta una rebaja de pena que implica una modificación al tipo penal, afirma que confunde los fenómenos post delictuales con la conducta punible. Ellos no hacen parte del tipo penal y sólo afectan la punibilidad en concreto en cuanto operan sobre la pena ya individualizada.

Argumenta que la cita de la sentencia T 815 de 2015 en la que se estableció que la redención de pena es un derecho y no un beneficio, resulta disanalógica pues esta se refería al descuento de pena.

Concluye diciendo que contrario a lo señalado en el fallo, el numeral 7 expresamente prohíbe la rebaja de pena que se aplicó al hacer referencia expresa a los artículos 348 al 351 de la Ley 906 de 2004.

3.5.2. Fiscal delegado.

A pesar de interponer oportunamente el recurso, el fiscal del caso no lo sustentó. Por ello se declaró desierto.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004².

4.2. Problemas jurídicos.

Dentro del estricto límite de los problemas planteados por el delegado del Ministerio Público, recurrente, la Sala procederá a resolver los siguientes puntos:

2. Artículo 34. De los Tribunales Superiores de Distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores de Distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en **primera instancia profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

4.2.1. ¿Puede el legislador, de manera legítima, en un Estado Social y Democrático de Derecho, establecer prohibiciones como las del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, para garantizar la prevalencia de los derechos de los niños y adolescentes? Dicho de otra manera ¿Cuál es el límite de la configuración legislativa en esta materia?

4.2.2. ¿Prohibir las rebajas de pena con fundamento en preacuerdos y negociaciones, en los delitos dolosos que atenten contra la integridad sexual de los niños y adolescentes quebranta los derechos de los procesados, especialmente la dignidad humana y la igualdad? O ¿La prohibición establecida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, no es aplicable porque desconoce principios generales del derecho?

4.2.3. ¿Prohibiciones como las establecidas en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, atentan contra la estructura y buen funcionamiento del sistema establecido en la Ley 906 de 2004 y de allí se deriva su inaplicabilidad?

4.3. Valoración y solución de los problemas jurídicos.

4.3.1. ¿Puede el legislador, de manera legítima, en un Estado Social y Democrático de Derecho, establecer prohibiciones como las del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, para garantizar la prevalencia de los derechos de los niños y adolescentes? Dicho de otra manera ¿Cuál es el límite de la configuración legislativa en esta materia?

Este interrogante fue resuelto de vieja data por la H Corte Constitucional en la sentencia C-213 de 1994, por la cual declaró exequible el artículo 15 de la ley 40 de 1993 y lo reiteró al declarar exequible el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, mediante sentencia C-073 de 2010, Lo que muestra que es una doctrina que sostiene desde los inicios de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, hasta ahora. En la providencia se dijo:

“(...) De otra parte, esta norma no viola el artículo 13 de la Constitución, que consagra la igualdad, porque, se repite, la privación de la libertad debe ser mayor para quienes cometen los delitos más graves.

Radicado: 05-001-60-00206-2016-15384
Sentenciado: Vladimir Rave Agudelo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

Adviértase entonces que la Ley 40 de 1993 negó toda clase de beneficio penal, salvo aquellos derivados de una colaboración eficaz con la justicia, para quienes hubieran cometido delitos muy graves, decisión del legislador que fue considerada conforme por el juez constitucional, quien estimó que no se vulneraba el derecho a la igualdad en relación con los demás procesados, por cuanto la gravedad de los delitos cometidos (secuestro simple y agravado, enriquecimiento ilícito derivado del secuestro, etc) justificaba un tratamiento punitivo diferente³.

Posteriormente, en la Ley 733 de 2002 “Por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, y se expiden otras disposiciones”, se dispuso lo siguiente:

*“Artículo 11. **Exclusión de Beneficios y Subrogados.** Cuando se trate de delitos de terrorismo, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que ésta sea efectiva”.*

En relación con la norma anteriormente transcrita, la Corte se pronunció en sentencia C- 762 de 2002⁴, declarándola exequible, por cuanto consideró que no vulneraba los principios de la dignidad humana, la igualdad y el derecho al debido proceso.

Sobre el particular, es importante destacar que esa Corporación estimó que, si bien no se presentaba el fenómeno de la cosa juzgada en relación con la sentencia C- 213 de 1994, resultaba pertinente reiterar el precedente sentado en dicha providencia:

“(…) 6.4. Reiteración de jurisprudencia en relación con el artículo 11.

6.4.1 Ciertamente, como se advirtió en el punto inmediatamente anterior, esta Corporación tuvo la oportunidad de referirse al tema específico de la competencia legislativa para excluir beneficios y subrogados penales, a propósito de la declaratoria de exequibilidad del artículo 15 de la Ley 40 de 1993 que, como ya se anotó, reguló inicialmente la materia.

6.4.2. Sobre el particular, sostuvo la Corte que tales medidas, al igual que ocurre con el señalamiento de los comportamientos delictivos y la fijación de las penas, responden a un asunto de política criminal que compete planear y desarrollar al Congreso de la República, de acuerdo a una previa valoración de conveniencia política y, en especial, teniendo en

³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

cuenta la gravedad de las conductas delictivas y el daño que éstas puedan causar a la sociedad.

6.4.3. Respecto a esto último, precisó que la inclusión o exclusión de beneficios y subrogados penales guarda estrecha relación con la duración de la pena privativa de la libertad y, de ningún modo, con las garantías procesales que le permiten al sindicado intervenir en la actuación judicial y ejercer plenamente su derecho a la defensa. Por ello, sin tener por qué afectar, comprometer o desconocer los presupuestos sustanciales y adjetivos concebidos a favor de todos los imputados, con la exclusión de los beneficios y subrogados penales lo que se busca es evitar que resulte nugatorio, desproporcionado o irrisorio, el reproche social impuesto para los delitos más graves y de mayor impacto social como el terrorismo, el secuestro, la extorsión y sus conexos; que, como se dijo, quebrantan en forma significativa los valores de gran relevancia individual y colectiva, desestabilizando incluso el propio orden institucional.

(...)

*6.4.4. En este sentido, no cabe duda que la eliminación de beneficios y subrogados penales responde al diseño de una política criminal que, interpretando la realidad del país, está direccionada a combatir las peores manifestaciones delictivas. Ciertamente, en la medida en que exista en el ordenamiento jurídico una amplia gama de beneficios y subrogados penales, y los mismos resulten aplicables a todas las categorías de delitos en forma indiscriminada, la lucha que se promueva contra aquellos puede resultar infructuosa, pues la pena, que “constituye lo **justo**, es decir, lo que se merece” pierde su efectividad y proporcionalidad cuantitativa frente al mayor daño que determinados comportamientos causan a la comunidad. Por eso, resulta ajustado a la Constitución Política que subsista y se aplique la punibilidad para conductas como el terrorismo, el secuestro y la extorsión, que, por razón de su gravedad y alto grado de criminalidad, no pueden ser relevadas de un castigo ejemplarizante y de la proporcionada sanción penal.*

6.4.5. Por vía de los beneficios penales, que hacen parte de los mecanismos de resocialización creados por el legislador a favor del imputado, no puede entonces contrariarse el sentido de la pena, que comporta la repuesta del Estado a la alarma colectiva generada por el delito, y mucho menos, el valor de la justicia que consiste en darle a cada quien lo suyo de acuerdo a una igualdad proporcional y según sus propias ejecutorias...”

Respecto del artículo 199 pluricitado, en la misma sentencia la Corte Constitucional aclaró:

“(...) Por otra parte, merece la pena señalar que, en otras ocasiones, el legislador ha limitado la concesión de beneficios penales para los casos de conductas que afecten gravemente a la sociedad, tales como el homicidio, las lesiones personales bajo modalidad dolosa, los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales o secuestro, cuando quiera que se cometan contra niños, niñas y adolescentes. Así, en la Ley 1098 de 2006, en su artículo 199, para los citados casos, se limita la concesión de beneficios penales tales como (i) sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia; (ii) extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad; (iii) subrogado penal de suspensión condicional de la ejecución de la pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal; (iv) subrogado penal de libertad condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal; (v) sustitución de la ejecución de la pena; (vi) obtención de

Radicado: 05-001-60-00206-2016-15384
Sentenciado: Vladimir Rave Agudelo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

rebajas de penas con base en preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado, ni tampoco (vii) cualquier otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

Así las cosas, con base en los precedentes jurisprudenciales se tiene que en materia de concesión de beneficios penales, (i) el legislador cuenta con amplio margen de configuración normativa, en tanto que manifestación de su competencia para fijar la política criminal del Estado; (ii) con todo, la concesión o negación de beneficios penales no puede desconocer el derecho a la igualdad; (iii) se ajustan, prima facie, a la Constitución medidas legislativas mediante las cuales se restringe la concesión de beneficios penales en casos de delitos considerados particularmente graves para la sociedad; (iv) el Estado colombiano ha asumido compromisos internacionales en materia de combate contra el terrorismo, razón de más para que el legislador limite la concesión de beneficios penales en la materia⁵.

En la parte final de la sentencia C-073 de 2010 y en relación directa con la prohibición establecida por el Código de Infancia y la Adolescencia la H. Corte Constitucional expuso:

“(…) De igual manera, cómo se indicó, en otras ocasiones el legislador ha limitado igualmente el reconocimiento de beneficios penales para los casos de delitos que considera particularmente graves en función, por ejemplo, de la calidad de la víctima. Tal es caso del artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia que dispone lo siguiente:

*“Artículo 199. **Beneficios y mecanismos sustitutivos.** Cuando se trate de los **delitos de homicidio o lesiones personales** bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o **secuestro**, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:*

(…)

*7. **No procederán las rebajas de pena** con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.*

(…)

Respecto a algunas de las anteriores restricciones, la Corte en sentencia C-738 de 2008, las consideró ajustadas a la Constitución, por las siguientes razones:

“(…) Por demás, ninguna presentación tendría el precedente sentado por quien siendo procesado por un delito de esta gravedad pudiera dar por terminada la acción penal mediante el pago de los perjuicios ocasionados. El mensaje social que transmitiría una permisón en este sentido es que los derechos de los niños pueden ser agredidos impunemente con la condición de que se indemnicen los daños

⁵ C-073 de 2010.

causados. Esta conclusión inaceptable en el régimen jurídico conduce a la convicción inequívoca de que la prohibición de aplicar el principio de oportunidad en estas circunstancias no contradice la Constitución.

Ahora bien, en cuanto al argumento del demandante según el cual el hecho de que se impida la aplicación del principio de oportunidad frustra la reparación de las víctimas, esta Corte debe advertir que si en aplicación del principio el Estado no puede renunciar al deber de reparar a las víctimas, con mayor razón no puede hacerlo cuando el proceso sigue su curso.

La norma acusada prevé una situación en que el principio de oportunidad no procede, no aplica, y, en consecuencia, el Estado debe llevar la investigación hasta sus últimas consecuencias. Una de ellas es la reparación de las víctimas, por lo que no es correcto afirmar que las víctimas ven truncada su esperanza de reparación cuando el Estado decide culminar hasta la sanción la investigación penal.

Es claro, a partir del texto del artículo 250 de la Carta, que al Fiscal no se lo exonera del deber de solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito, cuando ha sido imposible dar aplicación al principio de oportunidad.

De conformidad con las consideraciones aquí consignadas, para esta Corporación el numeral 3º del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 no es violatorio del artículo 250 constitucional, como tampoco el artículo 93 de la Constitución que integra al bloque de constitucionalidad los derechos de los menores de edad.

(...)

Finalmente, la Corte precisa que el legislador goza de un amplio margen de configuración normativa al momento de diseñar el proceso penal, y por ende, de conceder o negar determinados beneficios o subrogados penales. Lo anterior por cuanto no existen criterios objetivos que le permitan al juez constitucional determinar qué comportamiento delictual merece un tratamiento punitivo, o incluso penitenciario, más severo que otro, decisión que, en un Estado Social y Democrático de Derecho, pertenece al legislador quien, atendiendo a consideraciones ético-políticas y de oportunidad, determinará las penas a imponer y la manera de ejecutarlas^[9]. En efecto, el legislador puede establecer, merced a un amplio margen de configuración, sobre cuáles delitos permite qué tipo de beneficios penales y sobre cuáles no. Dentro de esos criterios, los más importantes son: (i) el análisis de la gravedad del delito y (ii) la naturaleza propia del diseño de las políticas criminales, cuyo sentido incluye razones políticas de las cuales no puede apropiarse el juez constitucional⁶.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al referirse de manera directa al asunto, en la providencia 29901, Magistrados Ponentes: Jorge Luis Quintero Milanés y Julio Enrique Socha Salamanca, del 17 de septiembre de 2008, argumentó:

“(...) Por último, resulta evidente de la sola lectura de la norma en comento que el legislador, en ejercicio de la libertad de configuración que le asiste, ha buscado implementar una política criminal que en relación con los delitos dolosos que afectan la vida, libertad, integridad física y formación sexual de

⁶ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

los menores de edad establezca un tratamiento punitivo tan severo como diferenciado del ordinario, como forma de combatir, prevenir y asegurar la ausencia de impunidad en situaciones que tanto impacto generan en la comunidad, y, por consiguiente, ninguna razón de índole jurídica advierte la Sala para tener en cuenta siquiera la posibilidad de que, en materia de allanamientos a los cargos, los indiciados, imputados o acusados que hayan incurrido en esta clase de comportamientos ostentarían el derecho a una rebaja sustancial en la imposición de la pena, pues con ello la sanción se desnaturalizaría en lo que a los aspectos de proporcionalidad, efectividad y justicia concierne⁷ (subrayas fuera de texto).

4.3.2. ¿Prohibir las rebajas de pena con fundamento en preacuerdos y negociaciones, en los delitos dolosos que atenten contra la integridad sexual de los niños y adolescentes quebranta los derechos de los procesados, especialmente la dignidad humana y la igualdad? O ¿La prohibición establecida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, no es aplicable porque desconoce principios generales del derecho?

La sentencia de primera instancia argumenta que la prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, atenta contra los principios de igualdad y dignidad humana al establecer lo que denomina un procedimiento *ad hoc*, diferente respecto de los delitos no incluidos en la prohibición y al no permitir las rebajas de pena para delitos contra la libertad, integridad y formación sexual cometidos contra niños y adolescentes. Igualmente, afirma que no puede extenderse la prohibición a la aceptación de cargos porque la actividad del legislador y del operador judicial está limitada por unos principios que no pueden ser desconocidos por una regla de menor *status* frente a las normas rectoras del Código Penal, por ello es posible aplicar lo que la doctrina ha llamado excepción de principalidad

La discusión de la aplicación de los principios en la decisión judicial adquirió relevancia a partir de las críticas que R. Dworkin hizo al positivismo, en las que diferencia las reglas de los principios. Los principios se han definido por la doctrina como los valores fundamentales, sociales y bilaterales de una comunidad. Normas jurídicas fundamentales imperativas, tópicas, axiológicas

⁷ Auto de septiembre 17 de 2008, rad. 29901. En el mismo sentido, entre otras, decisiones de la misma fecha rad. 30299, de octubre 17 de 2007, rad. 28451 y de 12 de septiembre de ese mismo año, rad. 28086.

e implícita o explícitamente positivas, que sirven para crear, interpretar e integrar el ordenamiento ⁸

La labor del juez de interpretar la norma y aplicarla al caso concreto presenta dificultad e implica responsabilidades frente a la comunidad que espera que sus valores fundamentales se vean reflejados en la decisión judicial. De ahí que se deba determinar, si la prohibición establecida en el multicitado artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, atenta contra los valores fundamentales de la sociedad colombiana.

No puede afirmarse que nos encontremos frente a lo que los teóricos han denominado un caso difícil, ni afirmar que el dilema que enfrentamos no pueda subsumirse claramente en una norma jurídica, pues la regla legal de manera expresa prohíbe los beneficios.

Por su parte, la norma que regula la interpretación ordena que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu; y la norma constitucional establece el derecho superior de los niños y adolescentes, lo que deja clara la interpretación desde la perspectiva legal.

Ahora, desde la perspectiva constitucional y de los tratados internacionales, signados por Colombia, en lo referente a la protección de infantes y adolescentes, puede afirmarse que el legislador está legitimado para establecer reglas como la del artículo 199 de la ley 1098 de 2006. La comunidad nacional e internacional ha establecido reglas que son de aplicación prevalente en desarrollo de lo que se ha denominado el interés superior del menor. Veamos:

«La presencia cada vez mayor de los niños en los grupos humanos, su estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta y por ser quienes representan el futuro de los pueblos, provocó con el tiempo un creciente y evolutivo interés de parte de la comunidad internacional, al grado de imponerse la necesidad de reconocer, precisar, proteger y consolidar sus derechos al amparo de unas categorías políticas y sociales que otorguen suficiente soporte al discurrir de su crecimiento, en orden a asegurarles un proceso de formación y desarrollo en condiciones óptimas y

⁸ Nomoárquica y principilística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. Hernán Valencia Restrepo, cuarta edición 2007 editorial COMLIBROS, Medellín.

Radicado: 05-001-60-00206-2016-15384
Sentenciado: Vladimir Rave Agudelo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

adecuadas, acorde con el papel relevante y trascendental que están llamados a cumplir en la sociedad. [...] En consonancia con el derecho internacional, la Constitución Política de 1991, en sus artículos 44 y 45, consagra expresamente el principio de especial protección del menor, a través de los siguientes postulados básicos: (i) le impone a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral; (ii) establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud; (iii) reconoce que los niños son titulares de todos los derechos consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia; (iv) ordena proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos; y (v) le reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral, imponiéndole al Estado y a la sociedad el deber de garantizar la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud. El principio de protección especial del menor ha venido siendo objeto de regulación legislativa en Colombia, en desarrollo de los criterios fijados en la Constitución y los tratados de derechos humanos. Así se hizo, inicialmente, a través del Decreto extraordinario 2737 de 1989, por el cual se adoptó el Código del Menor y, luego, mediante la Ley 1098 de 2006, por la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia. [...] Ahora bien, el tratamiento preferencial del menor encuentra un claro reconocimiento en el Derecho Internacional Público a través del llamado principio del "interés superior del niño", consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño y reproducido después en distintos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art.25-2), la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 (arts. 23 y 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica) y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (art. 3º-1). [...] el Comité sobre los Derechos del Niño, en la Observación General N° 5 de 2003, señaló que el deber de asegurar el "interés superior del niño" al cual se refiere la Convención sobre Derechos del Niño le impone al Gobierno, al Congreso y a los jueces de los Estados parte adoptar medidas positivas en la defensa de sus derechos. En el Código de la Infancia y la Adolescencia el principio del "interés superior del menor" aparece definido en el artículo 8º, el cual señala expresamente que "se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes". En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha entendido que el mandato de protección especial de los menores de edad no puede mirarse únicamente desde la perspectiva de una garantía objetiva, sino como la manifestación de un derecho subjetivo fundamental a ser atendido con particular énfasis, esto es, a obtener un apoyo prioritario. Por eso, ha dicho que el derecho de protección "es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor"⁹.

⁹ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente Luis Antonio Hernández Barbosa. SP15870-2016. Radicación 44931. 2 de noviembre 2016.

En reciente decisión¹⁰ la Corte Suprema de Justicia al resolver tutela en la que se discutían los derechos de un adolescente, al referirse al interés superior de estos especiales sujetos dijo:

*“(…) Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Democrático y Social de Derecho. Ello, dada la **situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad** de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma.*

La Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 3-1 que «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»; y en el artículo 3-2, establece que «los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que «todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado».

En el mismo sentido, el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que «todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado»; y el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ordena que «se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición».

*Por consiguiente, los niños, niñas y adolescentes, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan **protección y cuidados especiales**, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en los jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos al interior de la sociedad.*

*Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial defensa de esos sujetos, la cual es **prevalente**, inclusive, en relación con los demás grupos sociales (CC T-260-2012), pues, nuestro propio Estado ha entendido por el postulado del interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes (canon 8 de la Ley 1098 de 2006).*

¹⁰Sala de Casación Penal, Sala de decisión de tutelas N° Uno STP 5833-2017, Rad. 91114 M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández

4.3.3 ¿Las prohibiciones como las establecidas en el artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, atentan contra la estructura y buen funcionamiento del sistema establecido en la Ley 906 de 2004 y de allí se deriva su inaplicabilidad?

Por último y frente a los argumentos de conveniencia para el buen funcionamiento del sistema acusatorio esbozados por el *a quo* en los que ha afirmado que la prohibición atenta contra la filosofía del procedimiento acusatorio y lo entorpece, dilatando la expedición de sentencias y re victimizando a los menores, lo que resulta desprestigiando la administración de justicia; tesis que justifica la rebaja de pena por el allanamiento, a pesar de la prohibición expresa de la ley; resulta pertinente retomar los argumentos presentado en la sentencia con radicado 33254 del 27 de febrero de 2013, en la que la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, resolvió el asunto de la inaplicabilidad de los aumentos de penas establecido en la Ley 890 de 2004, sentencia en la que elaboró una clara y contundente exhortación al legislativo y al ejecutivo para que mantuvieran la consistencia de la política criminal del Estado Colombiano. Empero, aunque se mantiene en el nivel de exhortación, entendiendo que desde los fallos judiciales no puede estructurarse la política criminal del Estado, dijo la Sala Penal:

“(…) El presente caso muestra con claridad una problemática en relación con la cual la Corte ha venido mostrando su preocupación: la manera inconsistente en que el ejecutivo y el legislativo han venido diseñando y ejecutando la política criminal, tanto en lo penal propiamente dicho como en aspectos procesales.

Desde luego, por tratarse de asuntos de naturaleza política, no es la judicatura la llamada a definir los criterios conforme a los cuales el Estado ha de configurar el ejercicio del poder punitivo. Sin embargo, ello no obsta para que la Sala, como máximo organismo de la justicia ordinaria en materia penal, llame la atención sobre circunstancias que posteriormente determinarán la debida o indebida aplicación del derecho, tanto más cuanto, a la luz del art. 250 de la Constitución, modificado por el art. 3° del Acto Legislativo 03 de 2002, la política criminal fue concebida como un criterio relevante a la hora de racionalizar el ejercicio del ius puniendi.

Sobre el particular, en la sentencia del 5 de noviembre de 2008¹¹, ya había advertido esta Colegiatura:

¹¹ C.S.J. – Sala de Casación Penal, sent. 05/11/08, rad. N° 29.053.

Radicado: 05-001-60-00206-2016-15384
Sentenciado: Vladimir Rave Agudelo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

*“(…) Frente a esta consideración, y sin perjuicio de la competencia que le asiste a la Corte Constitucional para juzgar la constitucionalidad de las leyes, la Corte no podría culminar sin dejar de expresar al Alto Gobierno y particularmente al Congreso de la República, **su creciente preocupación por la manifiesta inflación legislativa que observa, específicamente en lo atinente al aumento indiscriminado y desmesurado de penas y la supresión de beneficios de toda índole por la realización de específicos tipos de conductas punibles,** mediante la expedición de un cúmulo de normas, las cuales, las más de las veces, no obedecen al resultado de estudios políticos, criminológicos o sociológicos serios, sino al mero capricho de quienes las proponen o aprueban, cuando no al interés de un sector de la economía o de la política, **en desmedro de caras garantías fundamentales y principios inherentes al concepto de Estado social y democrático de derecho, tales como los de igualdad, legalidad, favorabilidad y proporcionalidad,** para solo mencionar algunos de ellos.*

Lo anterior, sin perjuicio de advertir cómo de manera paulatina últimamente el principio acusatorio se ha venido a menos, a través de la introducción de múltiples excepciones a la que, en un comienzo, no solamente se consideró como regla general sino también columna vertebral del nuevo sistema de procesamiento penal, esto es, la posibilidad de lograr el proferimiento de fallos de conformidad con el acusado, el allanamiento a cargos o la celebración de acuerdos y preacuerdos con la Fiscalía, cuyos fines, a términos del artículo 348 de la Ley 906 de 2004, no eran otros que los de “humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso” y sobre los cuales se desarrolló y se puso en funcionamiento el modelo, bajo la idea de alcanzar mayores grados de una justicia material, restaurativa, pronta y eficaz.

La Corte hace saber que de continuar esta tendencia, los procesos penales que en condiciones de normalidad deberían terminar a la mayor brevedad posible a través de sentencias anticipadas proferidas de conformidad con el imputado, por fuerza de una normativa expedida sin contar con estudios criminológicos, sociológicos o estadísticos previos que le sirvan de fundamento, deben continuar su curso en etapa de juicio, surtir todas las fases ordinarias del trámite, y llegar incluso a casación, con el resultado de generar mayores grados de congestión en los despachos judiciales, incluyendo por supuesto a la Corte, con evidente perjuicio para los derechos de las víctimas, los acusados y el conglomerado en general, pues mientras la sentencia no se encuentre en firme, no resulta de obligatorio cumplimiento.

(…)

Así, frente a un sistema ineficiente, congestionado y desfigurado en algunos de sus componentes, preocupa la posibilidad de un colapso que conlleve al fracaso del sistema, el cual la Sala se rehúsa a admitir. No sólo porque las bondades que el modelo representa en términos de garantías son innegables –por citar algunos referentes: primacía de la libertad, reserva judicial para la afectación de derechos fundamentales, amplitud del ejercicio del derecho de contradicción y mayor protección a las víctimas--; también, porque es consciente de que, debidamente engranado y provisto de las herramientas adecuadas, el modelo escogido está en capacidad de lograr el objetivo de consolidar una administración de justicia penal eficaz y eficiente¹².

¹² Así se concluyó en el Primer Encuentro de Análisis del Sistema Penal Oral Acusatorio, llevado a cabo en la ciudad de Cartagena los días 3 y 4 de diciembre de 2012, organizado por la Presidencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la

Orientados por ese propósito, tanto el constituyente como el legislador concibieron la flexibilización de las formas procesales a manera de paradigma adecuado para viabilizar la aplicación de mecanismos alternativos de solución del conflicto penal, distintos a la completa tramitación del juicio –alegaciones unilaterales o preacordadas de culpabilidad, principio de oportunidad y figuras de justicia restaurativa--.

Entonces, bajo una filosofía pragmática, el Estado admite la imposibilidad de tramitar por la vía ordinaria la totalidad de las noticias criminales que ingresan al sistema judicial, creando mecanismos tendientes a aliviar y contrarrestar la sobrecarga del aparato de justicia, mediante la evacuación de casos por vías alternas, a fin de concentrar sus esfuerzos en la persecución y judicialización de tipos de delincuencia que afectan en mayor medida la convivencia y los intereses de los ciudadanos.

(...)

*No obstante, haciendo abstracción de dicha realidad y denotando una absoluta falta de consistencia en la política criminal –caracterizada por ser reactiva; carente de fundamentación empírica; incoherente; alejada de una perspectiva de derechos humanos; tendiente al endurecimiento de penas; poco reflexiva frente a los desafíos del contexto colombiano y subordinada a la política de seguridad¹³--, las iniciativas legislativas en materia penal y procesal penal, a la batuta de un exacerbado populismo punitivo, han venido restringiendo las posibilidades de aplicación de mecanismos de justicia premial, sin considerar que, lejos de avanzar en el afianzamiento de una pronta, cumplida y adecuada justicia, están perjudicando la funcionalidad del sistema y consolidando su **inoperancia**.*

(...)

Y no podía ser de otra manera, por cuanto, junto a otros factores regresivos, los recortes a los mecanismos de terminación anticipada del proceso –con las consecuentes prohibiciones de rebaja de pena y prohibición de beneficios favorables a la libertad personal-- conducen inexorablemente a la congestión judicial, en tanto, careciendo de los recursos económicos, humanos y logísticos suficientes para procesar ordinariamente todas las causas, el sistema no puede atender con suficiencia la demanda de justicia penal, lo que, a su vez, aumenta el riesgo de impunidad y deslegitima la labor de la judicatura.

La cita de la jurisprudencia de la Sala Penal de la H. Corte Suprema, en la que llama la atención sobre la incoherencia e inconsistencia de la política criminal del Estado respecto del tratamiento que se le ha dado al desarrollo de las medidas implementadas con ocasión del Acto Legislativo 03 de 2002, le otorga razón al *a quo*, en cuanto argumenta que La prohibición establecida en el artículo 199 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia atenta contra la filosofía del procedimiento acusatorio y lo entorpece, dilatando la expedición

Fiscalía General de la Nación, con los propósitos de diagnosticar las principales problemáticas que atentan contra la funcionalidad del proceso penal de tendencia acusatoria en los distintos distritos judiciales del país y esbozar propuestas para efectuar los ajustes legislativos y administrativos pertinentes.

¹³Cfr. Informe Final: diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para Estado Colombiano, expedido el 31 de marzo de 2011 por la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano, creada mediante la Resolución N° 286 del 15 de febrero de 2011 del entonces Ministerio del Interior y de Justicia.

Radicado: 05-001-60-00206-2016-15384
Sentenciado: Vladimir Rave Agudelo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

de sentencias y revictimiza a los menores, lo que resulta desprestigiando la administración justicia; pero el argumento, válido como se ha visto, no le permite, aun teniendo razón, derivar de él su inaplicabilidad, o “hacer política criminal desde la judicatura” En un Estado como el colombiano las competencias de los funcionarios públicos están expresamente reguladas y esta no fue asignada a los jueces.

En conclusión, entonces, y dado que la prohibición establecida en el artículo 199 de la Ley de la Infancia y la Adolescencia, no contraviene principios de ninguna codificación; ni de los valores que la sociedad contemporánea quiere realizar en relación con la protección de los niños, no es posible que el juez al momento de tasar la pena conceda rebaja de pena por allanamiento en delitos contra la integridad y formación sexual de los niños y adolescentes. Así las cosas se modificará en ese aspecto la sentencia y se fijará como pena la tasada por el *a quo* sin aplicar la disminuyente otorgada, es decir se condenará al justiciable a la pena principal de 115 meses de prisión. En igual término se establece la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás, la sentencia se mantiene incólume

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **MODIFICA** la sentencia en lo que fue objeto de alzada. En consecuencia, fija la sanción privativa de la libertad de Vladimir Rave Agudelo, en 115 meses. En igual término se impone la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás la sentencia se mantiene incólume

Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

Radicado: 05-001-60-00206-2016-15384
Sentenciado: Vladimir Rave Agudelo
Delito: Actos sexuales con menor de 14 años.

NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado