



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (6) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

RADICADO	05001-60-00207-2015-00352
PROCESADO	EDWIN LEONARDO MURILLO TUBERQUIA
DELITO	CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN, PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR
PROCEDENCIA	JUZGADO 11° PENAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

MAGISTRADO PONENTE:
DR. OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Proyecto aprobado en Sala del veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 41 y leído en la fecha

1. ASUNTO A DECIDIR:

*Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el Dr. Luis Manuel Licono Coa, en calidad de defensor público del señor **EDWIN LEONARDO MURILLO TUBERQUIA**, contra la sentencia condenatoria proferida en su contra el 27 de septiembre de 2017 por el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín por los delitos de **CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN, PROXENETISMO CON MENORES DE EDAD Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**.*

Como dato preliminar, esta Sala de decisión ha resuelto adoptar como medida de protección a la intimidad de la menor involucrada en este proceso, suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre al igual que los datos e informaciones que permitan su identificación y la de su familia¹. En vez de

¹ La decisión de excluir de cualquier publicación de la presente sentencia los nombres originales de los menores y sus familiares involucrados en el caso bajo estudio, como medida de protección, ha sido tomada entre otras, en las siguientes sentencias: T-523/92, M.P. Ciro Angarita Barón; T-442/94, M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-420/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1390/00, M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-1025/02, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-639/06, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-988/08, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-912/08, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

ello, sus nombres serán remplazados con un solo nombre ficticio² que se distingue por encontrarse escrito en negrilla.

2. HECHOS:

*En el año 2010, la menor **Amelia** de 13 años de edad, conoció al joven **EDWIN LEONARDO MURILLO TUBERQUIA** de 17 años y pocos días después, decidió irse a vivir con él. Pasado un tiempo de convivencia, el sujeto en cuestión le manifestó a la adolescente que no la podía tener viviendo gratis, por lo que resolvió llevarla a la casa de una vecina suya de nombre **MARÍA**, quien destinaba la vivienda como residencia de lenocinio y allí la obligó a sostener relaciones sexuales con otros hombres a cambio de una suma de dinero que era dividida entre ambos.*

*Inicialmente la menor se negó a llevar a cabo la actividad sexual, pero **MARÍA** le dijo que era orden de **EDWIN**, además las veces que se rehusaba, este la golpeaba brutalmente y la amenazaba de muerte, diciéndole que la iba a apuñalar. Así mismo, no solo llevaba hombres para que se acostara con ellos, sino que también la llevó a ejercer la prostitución en bares del centro de esta ciudad, en una ocasión trató de ahorcarla hasta que perdió el conocimiento y la arrojó por unas escaleras, lo que produjo que la víctima perdiera el bebé que estaba esperando. Cabe resaltar que **EDWIN** no solo amenazaba a su pareja, sino a sus padres diciéndoles que iba a buscar a la hermana menor de **Amelia** al colegio y la iba a violar.*

*Es de anotar que los hechos objeto de juzgamiento en este caso corresponden a las conductas punibles realizadas entre el 23 de enero de 2012 (fecha en la que **MURILLO TUBERQUIA** cumplió la mayoría de edad) hasta enero de 2015, habida cuenta que las ejecutadas con anterioridad, están siendo investigadas por la Unidad de Infancia y Adolescencia.*

3. RECUENTO PROCESAL:

El 18 de julio del año 2016, ante la Juez 8° Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura;

² En la Sentencia T-510/03 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa la Corte implementó este recurso de protección a la identidad de los menores.

*así mismo se le formuló imputación al señor **EDWIN LEONARDO MURILLO TUBERQUIA** como autor del concurso de delitos de **CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN, PROXENETISMO CON MENOR DE EDAD AGRAVADOS** (Artículos 213A, 214 Y 216 numeral 3° del CP), y **VIOLENCIA INTRAFAMILIAR** (artículo 229 CP) no obstante, éste no se allanó a los cargos. Igualmente, por solicitud de la Fiscalía le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.*

Presentado el escrito de acusación, le correspondió el conocimiento del asunto al Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín, ante el cual se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral. Finalmente, el 27 de septiembre de 2017, se profirió fallo de condena en contra del acusado, la cual fue impugnada por la defensa.

4. DE LA SENTENCIA RECURRIDA:

La juez de primer grado, tras un recuento de los hechos, de la actuación procesal y de los alegatos de conclusión, consideró que, con las pruebas aportadas, la Fiscalía demostró –a pesar de la retractación de la víctima en el juicio oral- la existencia de los delitos y la responsabilidad del acusado en su comisión.

*Expuso que la testigo principal, esto es **Amelia**, durante su declaración en juicio oral, narró una versión totalmente diferente a lo que expuso inicialmente a la Fiscalía, circunstancia que al tenor de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia debe entenderse como una retractación, y en ese orden, para efectos de su valoración, debe hacerse un estudio completo de la totalidad de la prueba, habida cuenta que el simple cambio del relato no es suficiente, sino que debe examinarse si esta narración es espontánea u obedece a alguna circunstancia particular.*

Dice que, en la versión inicial, la víctima le dijo a la Fiscalía, a las psicólogas y demás profesionales de la salud que la atendieron y a terceros ajenos al caso, que su compañero permanente Edwin, mediante el uso de la violencia, la obligaba a sostener relaciones sexuales con otros hombres a cambio de dinero, que cuando se

rehusaba, este la golpeaba y que el producto de esa actividad, era repartido entre este y la dueña de la vivienda.

Sin embargo, en el juicio oral, señaló que eso no era cierto, que había mentado porque sentía temor y por sugerencia de una vecina, la señora Rosa Herminia, que le dijo que expusiera hechos más graves, pero que la verdad es que su compañero solo la había amenazado con matarla porque la encontró ingiriendo licor con otros hombres, pero que no la golpeaba y que ella ejercía la prostitución desde mucho antes de conocerlo, que incluso así fue como lo conoció y luego de irse a vivir juntos, cesó dicha actividad.

*El despacho, tras un análisis exhaustivo, llegó a la conclusión de que la versión suministrada por la víctima en el juicio oral carece de validez, pues lejos de ser producto de un relato espontáneo y carente de interés, refleja la intención de **Amelia**, de beneficiar al procesado, asumiendo su rol como pareja y olvidando el de ofendida, con el fin de librarlo de responsabilidad penal, lo que denota que este aún tiene control sobre ella.*

*En contraposición a ello, el relato inicial fue corroborado ampliamente por su familia, quienes dieron cuenta de cómo era el comportamiento de ella antes de conocer al acusado, de las amenazas y trato que este le prodigaba e incluso que se extendieron a toda la unidad doméstica, ya que amenazó con violar a la hermana menor de **Amelia** o hacerle algo al padre, también dieron cuenta de los llamados que les hacían los vecinos de la pareja, advirtiéndoles del maltrato que sufría su hija y de las actividades que el procesado le obligaba a hacer, a fin de que la rescataran.*

*En conclusión, la versión de **Amelia** en el juicio no se corresponde con la realidad de lo vivido, la actuación demuestra con suficiencia la existencia de amenazas hacía el grupo familiar de la víctima, de las agresiones y amenazas contra esta, motivo que resulta aceptable, en términos jurisprudenciales para justificar el cambio de versión, en especial, si media una promesa del acusado de mantener la relación sentimental que reiniciaron y conformar un hogar junto con la hija que tienen en la actualidad.*

*Empero, la prueba arimada al plenario, que cuenta con amplios elementos de corroboración del dicho inicial de la víctima, en especial lo dicho por psicológica, los testimonios de los señores **STIVEN ANDRÉS TABORDA FAJARDO** y **ROSA HERMINIA MEJÍA COLORADO**, así como la declaración de la profesional de Medicina legal que examinó a **Amelia**, donde si bien no encontró signos clínicos de violencia o embarazo, dejó claro conforme el relato de esta, que el último hecho de violencia había ocurrido 3 meses atrás, lo que justifica la ausencia de estos síntomas, sin que ello implique que no existieron.*

Luego de un extenso análisis sobre el testimonio de la menor, pasado por el rasero de los criterios jurisprudenciales sobre la credibilidad, la A quo llegó a la conclusión de que los hechos delictivos narrados por la Fiscalía, fueron plenamente demostrados con la salvedad, claro está, de que por este proceso se está investigando lo ocurrido con posterioridad al 23 de enero de 2012, fecha en que el procesado alcanzó la mayoría de edad y que se perpetuaron en el tiempo hasta enero de 2015, fecha para la cual, la víctima aún era menor de edad.

*En cuanto a la teoría de la defensa, que se soporta en dos argumentos, referidos al hecho de que **Amelia** ejercía la prostitución antes de conocer a su prohijado y, además, de que es una persona con tendencia a la mentira, estima el despacho que estos no son atendibles, en primer lugar, porque la denuncia inicial de la víctima, se encuentra soportada probatoriamente en lo expuesto por los testigos de cargo, quienes dieron cuenta plenamente de la situación de violencia y maltrato a la que fue sometida la menor por el acusado; y en segundo lugar, porque en este caso no se está sometiendo a juicio la conducta de la ofendida, sino la del señor **MURILLO TUBERQUIA**, quien valga resaltar no aportó ninguna prueba que permitiera controvertir lo expuesto por los testigos de la Fiscalía.*

Para finalizar, frente a la solicitud del Ministerio Público de emitir condena únicamente por el delito de proxenetismo con menor de edad, ya que el constreñimiento a la prostitución se subsume en el primero, expone la juez que, en su criterio personal, ambos son diferentes en sus elementos constitutivos, distan mucho de configurar un concurso aparente y se encuentran estructurados. Igual

consideración sostiene en punto a la circunstancia de agravación punitiva deducida por la Fiscalía contenida en el numeral 3 del artículo 216 del CP, la cual encuentra plenamente acreditada en este caso, pues tanto víctima como victimario fueron compañeros permanentes, hecho sobre el cual no hubo duda, ni controversia alguna, por el contrario, fue precisamente este evento lo que permitió que el procesado sin ningún tipo de respeto por su pareja la sometiera al comercio sexual para obtener provecho económico.

*Por lo anterior, la juez llegó al convencimiento más allá de toda duda sobre la responsabilidad de **EDWIN LEONARDO** en los hechos objeto de investigación; que las conductas endilgadas contenidas en los artículos 213A, 214 y 216 numeral 3, así como 229 del CP, son típicas; antijurídicas, por cuanto pusieron en riesgo los bienes jurídicos tutelados y culpables, ya que el señor **MURILLO TUBERQUIA** tenía plena conciencia de las misma y podía determinarse conforme esa comprensión, para evitar lesiones física, psicológica y sexualmente a la menor, lo que de contera lleva a imponerle una sanción penal.*

*En virtud a lo expuesto, le impuso al señor **MURILLO TUBERQUIA** una pena principal de 256 meses de prisión, multa de 103.99 SMLMV, como autor responsable de los punibles de **PROXENETISMO CON MENORES DE EDAD, CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**, una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual a la sanción principal. Finalmente, en relación con los subrogados penales, estos fueron negados por expresa prohibición de la ley 1098 de 2006.*

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El Dr. Luis Manuel Licon Coa, en calidad de defensor público del procesado interpuso recurso de apelación, y tras efectuar un breve recuento del acontecer fáctico, expuso una serie de contradicciones -que según él- cometió la juez al proferir el fallo. Comienza diciendo que la estipulación del registro civil de la menor solo da cuenta de la edad actual, mas no de la que tenía al momento de los hechos,

y como tampoco quedó clara la edad del procesado, lo único que se puede concluir es que ambos eran menores de edad.

*Dice que la declaración de **Amelia** en el juicio oral no es una retractación, sino una explicación de por qué denunció a Edwin, además porque la razón de la denuncia no era que éste la explotara sexualmente, sino que le hiciera algo a su familia, hecho que fue corroborado por su familia, quienes desconocían que su hija era explotada sexualmente, solo sabían de las amenazas de Edwin, que les decía “Pirobos” pero nada más. Incluso una vez visitaron la casa donde residían y los encontraron viviendo armónicamente.*

*Expone que la juez se equivoca al decir que Edwin explotaba a la menor después del rapto de su casa, porque la misma víctima expuso en su declaración que conoció a su defendido en el centro de la ciudad en un Bar donde ella trabajaba, hecho que fue ratificado por un testigo de la fiscalía y amigo de **Amelia**, que dijo que tuvo una relación con ella, sin que Murillo Tuberquia se hubiese enterado.*

Afirma que la menor es contradictoria, porque mientras en entrevista rendida extra judicialmente, dijo que Edwin le pegó y la hizo abortar, en la audiencia de juicio oral, dijo que nunca estuvo embarazada, ni tampoco abortó, además que Edwin no le pegó, que todo fue un invento porque tenía miedo. Esta versión, fue corroborada por los profesionales de medicina que examinaron a la víctima y no encontraron síntomas de partos o abortos, que lo único que parecía era que hubiese un retraso menstrual y que parecía que había tenido relaciones sexuales con la sustancia que se le encontró en su parte vaginal.

De otro lado, comenta que no se puede dar crédito a la entrevista que realizó la psicóloga Diana Patricia Tabares Ochoa, porque solo fue una sola, no se determinó que hubiesen quedado secuelas del supuesto abuso ni tampoco se hicieron entrevistas colaterales a los familiares para verificar los hechos. Fuera de eso, quedó claro que la víctima denunció por miedo; pero no de que Edwin le fuera a causar un daño a su familia; que la señora Rosa Herminia Mejía a pesar de aconsejar a la menor para que denunciara los hechos en la línea 123 dejó claro que

era una gran mentirosa y que en verdad los motivos para acusar a su representado, es que además de él, tenía relaciones con otros 4 hombres diferentes y era necesario deshacerse de Edwin.

Por último, dice que no hay claridad en los hechos, porque según los padres de la ofendida, esta se fue de la casa después de que le celebraron los 15 años, luego no es cierto que haya asuntos bajo investigación en la jurisdicción de menores. En igual sentido pide revisar la dosificación porque le parece que la sanción del concurso es excesiva sin argumentación, agravando la situación del acusado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín, despacho que profirió la sentencia objeto de apelación.

*El defensor del procesado en su escrito de apelación plantea varios problemas jurídicos que, en su criterio personal, no fueron analizados adecuadamente por la A quo en su valoración y que, para efectos prácticos se abordarán a continuación en el siguiente orden: i) no se estableció con claridad la edad de la víctima, ni la del procesado para el momento de los hechos; ii) que la declaración en juicio de **Amelia** no es una retractación, sino una explicación de los motivos que la llevaron a denunciar a Edwin, lo cual no tenía nada que ver con que este la explotara sexualmente; iii) que la víctima ejercía la prostitución antes de irse a vivir con el procesado, iv) que **Amelia** nunca fue golpeada, ni tampoco abortó, hecho fue corroborado por los profesionales de la salud que la examinaron; v) que no puede darse crédito a una psicóloga que entrevistó una vez a la víctima, menos cuando esta no presenta ningún tipo de secuelas, vi) que la denuncia no fue por miedo, sino por recomendación de otra persona y con la única finalidad de deshacerse de su pareja, porque ella sostenía al mismo tiempo relaciones con otros 4 hombres. vii) Por último, pide revisar la dosificación del concurso, porque le parece excesiva.*

Previo a ello, es pertinente reiterar la forma cómo tienen que abordarse los procesos penales por delitos sexuales, como quiera que su análisis impone a los funcionarios judiciales, atender los parámetros establecidos en los instrumentos internacionales y las normas de derecho interno que aluden a la protección de los derechos fundamentales de la mujer.

6.1. De la protección de los derechos fundamentales de la mujer y los delitos sexuales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, consagró que "toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de (...) sexo"³ y que "todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación"⁴.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 16 de diciembre de 1966, aprobado en la legislación interna mediante la ley 74 de 1968, estableció que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables"⁵, e impuso la obligación de "garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto"⁶, así como la de asegurar "a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de [...] sexo"⁷

De igual forma, la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (o Pacto de San José de Costa Rica), aprobada en nuestro país por la ley 16 de 1972, señaló que los Estados parte deben comprometerse "a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna

³ 1 Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴ artículo 7 *ibíd.*

⁵ Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶ Artículo 3 *ibíd.*

⁷ Artículo 26 *ibíd.*

por motivos de [...] sexo"⁸ , y que todos los seres humanos "tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley"⁹.

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979 y aprobada en nuestro país mediante la ley 51 de 1981) indicó que "[...] la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad"¹⁰

Así mismo, definió la expresión "discriminación contra la mujer" como aquella de la que se desprende "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga como objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera"¹¹.

Igualmente, estipuló la adopción por parte de los Estados parte de "una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer"¹², para lo cual contempló, entre otros, los siguientes deberes:

- a) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer*
- b) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.*

⁸ Numeral 1 del artículo 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos

⁹ Artículo 24 *ibíd.*

¹⁰ Preámbulo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

¹¹ artículo 1 *ibíd.*

¹² Inciso 1 0 del artículo 2 *ibídem.*

- c) *Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.*
- d) *Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualquier persona, organización o empresa.*

Por otra parte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (o Convención de Belém do Pará —Brasil), suscrita el 9 de junio de 1994 y aprobada en nuestro país mediante la ley 248 de 1995, afirmó que "la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres"¹³. Así mismo, precisó que "debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"¹⁴.

Adicionalmente, advirtió que la "violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica"¹⁵

- *que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.*
- *Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar.*

En análogo sentido, resaltó que "el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros".¹⁶

¹³ *Preámbulo de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer*

¹⁴ *artículo 1 ibíd.*

¹⁵ *Literales a) y b) ibídem*

¹⁶ *artículo 6 ibíd.*

- *El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación y,*
- *El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación.*

También introdujo como obligación de los Estados que suscribieron la Convención la de "adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y llevar a cabo lo siguiente":¹⁷

- a. Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación.*
- b. Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;*
- c. Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso.*
- d. Tomar todas las medidas apropiadas [...] para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.*
- e. Establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.*

Igualmente, previó el deber de "adoptar, en forma progresiva, medidas específicas, inclusive programas, para "Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres [...] para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitiman o exacerban la violencia contra la mujer"¹⁸

¹⁷ 8 Inciso 1° del artículo 7 *ibídem*.

¹⁸ Literal b) *ibídem*.

Por último, aclaró que, para la adopción de todas esas medidas, los Estados miembros "[...] tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido, se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad".¹⁹

Es de destacar además que esta Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer tuvo como uno de sus referentes la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993, en la que se aludió, entre otros, a la obligación de "[evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer".²⁰

A nivel interno, nuestra Constitución Política consagra que "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República [.1 fundada en el respeto de la dignidad humana"²¹, que "reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienable de la persona"²² y en donde todos "recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo"²³, para lo cual "protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"²⁴. Así mismo, dispuso en forma inequívoca que "fija mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades" y que ésta "no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación"²⁵.

¹⁹ artículo 9 *ibíd.*

²⁰ Inciso 80 del artículo 4 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

²¹ Artículo 1 Constitución Política

²² Artículo 5 *ibíd.*

²³ inciso 1 del artículo 13 *ibíd.*

²⁴ inciso 3 *ibíd.*

²⁵ *ibíd.*

Adicionalmente, la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto, estableció que "[e]s deber de los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta"²⁶ y que "la actuación se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en la actuación procesal"²⁷

Por último, es de destacar que la ley 1123 de 2007, introdujo como deber de todo asistente letrado el de "defender y promocionar los derechos humanos, entendidos como la unidad integral de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y de derechos colectivos, conforme a los normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia"²⁸ , al igual que el de "mantener en todo momento su independencia profesional, de tal forma que las opiniones políticas propias o ajenas, así como las filosóficas o religiosas, no interfieran en ningún momento en el ejercicio de la profesión, en la cual sólo deberá atender a la Constitución, la ley y los principios que lo orientan"²⁹ , de manera que el incumplimiento de esta última obligación "también constituye falta disciplinaria"³⁰

Conforme al marco normativo reseñado en precedencia, salta a la vista que, en los delitos sexuales en general, y en especial, en casos donde la víctima ostenta la doble connotación de mujer y menor de edad, no basta con la imposición de la sanción punitiva, sino que el funcionario judicial debe buscar que se cumpla con el deber de prevenir, castigar y erradicar específicos comportamientos de los que, en la práctica, suelen ser víctimas las mujeres, y en especial, debe propender para que la interpretación que de esas normas efectúen los sujetos procesales, no incorporen discriminación alguna en contra de aquéllas, ya sea por costumbres, prácticas e intervenciones en apariencia ajustadas a derecho, o por cualquier otra clase de manifestación que en forma directa o indirecta contenga prejuicios, estereotipos o

²⁶ artículo 4 ley 906 de 2004

²⁷ artículo 10 *ibíd.*

²⁸ numeral 2 del artículo 28 ley 1123 de 2007

²⁹ Numeral 12 *ibíd.*

³⁰ numeral 39 *ibíd.*

patrones de conducta tendientes a exaltar, sugerir o proponer la superioridad de un sexo sobre otro.

Esta necesidad de adecuar las prácticas de los profesionales del derecho a los parámetros nacionales e internacionales en materia de protección de la mujer no restringe el derecho del procesado a una representación eficaz, ni mucho menos la libertad que le asiste al asistente letrado de escoger la estrategia defensiva que a bien tenga, pues si bien es cierto que este último está obligado a la parcialidad (es decir, a actuar de manera exclusiva en pro de los intereses subjetivos de su prohijado), también lo es que cumple con una función de interés público en el proceso, consistente en garantizar, dentro del marco de un Estado social y democrático de derecho, el respeto irrestricto de las garantías fundamentales, principalmente del defendido, pero a la vez de todos los involucrados en la actuación.

Por lo tanto, ningún acto procesal del abogado en la interpretación del alcance de los delitos sexuales puede contener de forma explícita o implícita cualquier argumento, valoración o postura que atente en contra del derecho de la mujer de disfrutar una vida digna y libre de violencia, segregación o reincidencia en el papel de víctima, ni mucho menos derivar de una concreta situación de vulnerabilidad provecho alguno en beneficio del procesado.

La observancia de tales deberes, por lo demás, es imperiosa en un país como Colombia, en donde la tradición sociocultural ha sido la de tolerar, justificar y ponderar la supremacía de lo masculino tanto en el ámbito público como en el privado, de suerte que las expectativas con las personas pertenecientes al sexo opuesto han quedado reducidas a la asunción de determinados roles (como el de madre abnegada, novia fiel y esposa sumisa), e incluso a la divulgación de ciertas cualidades (como la virginidad, la ineptitud, la pasividad, la belleza o la simple condición ornamental), que de ningún modo se compaginan con el debido respeto a sus derechos fundamentales.

Lo anterior ha llevado, en el diario vivir, a un sinnúmero de situaciones en las que no sólo deviene en evidente el estado de debilidad manifiesta de la mujer, sino en las que también se producen consecuencias lesivas de bienes jurídicos que siguen contando con la aquiescencia de un considerable sector de la comunidad.

Por ejemplo, en la Encuesta Nacional de Salud realizada por el Ministerio de la Protección Social en el año 2007, se aseguró que, en relación con algunas formas de violencia doméstica, la percepción de los habitantes de Bogotá comprendidos entre los 18 y los 69 años era la siguiente:

- "El 23,2 % de los hombres y el 11,8 % de las mujeres de ese grupo de edad y que reside en el departamento considera que 'cuando un hombre golpea a una mujer muy seguramente es porque ella le dio motivos'. En el promedio nacional los porcentajes fueron del 29,8% en los hombres y del 18,8% en las mujeres.*
- "El 12,6% de los hombres y el 9,1% de las mujeres de ese grupo de edad y que reside en el departamento considera que 'hay situaciones en las cuales se justifica que un hombre le dé una cachetada a su esposa o compañera'. En el ámbito nacional los porcentajes fueron del 16,2% en hombres y del 12,0% en las mujeres"*

Los anteriores datos parecen confirmar la vigencia del Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias (presentado por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 11 de marzo de 2002 y realizado en virtud de una misión a Colombia, durante el mes de noviembre de 2001), en el que acerca del particular sostuvo que, en nuestro país, "...sigue considerándose la violencia doméstica como una cuestión privada, por lo que no suelen denunciarse los sucesos de esa índole, ni se puede por consiguiente determinar el alcance real del problema". Según la información recibida por la CIDH [Comisión Interamericana de Derechos Humanos], "son menos de la mitad las mujeres maltratadas que buscan ayuda y sólo el 9% de ellas presentan denuncia ante las autoridades. Ni el Estado ni la sociedad están lo bastante sensibilizados a la

necesidad de ¿bordar el problema de la violencia doméstica. La impunidad de los autores de estos actos contra la mujer es prácticamente del 100%"³¹

Por otro lado, también refulge que las normas que integran el bloque de que trata el artículo 93 de la Carta contemplan los delitos sexuales, en especial aquellos que involucran el comercio, la explotación o el tráfico sexual, como una de las manifestaciones más graves de la delincuencia sexual cometida en contra de la mujer, sobre todo cuando se presenta en el hogar o proviene de sujetos con los que la víctima tiene relaciones interpersonales o de parentesco. Es tan preocupante esta situación, que la Corte Constitucional, en el fallo que declaró exequible la ley 248 de 1995 (aprobatoria de la Convención de Belém do Pará), manifestó que:

"[...] las mujeres están también sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo [...], sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles prohibidos por la Constitución [...] No se puede entonces invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado e incluso, a veces, tácitamente legitimado"³²

En armonía con lo expuesto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en repetidas ocasiones, ha rechazado con firmeza cualquier clase de argumento, reproche o visión del mundo proveniente de los sujetos procesales que, en las conductas punibles de naturaleza sexual, discrimine a la mujer, menoscabe la dignidad inherente a su condición de ser humano o vuelva a situarla en el rol de víctima, creando algunas reglas de interpretación tales como:

³¹ Coomaraswamy, Radhika, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y sus consecuencias acerca de su misión a Colombia del 1º al 7 de noviembre de 2001, CDH, 11 de marzo de 2002, § 29.

³² C-408 de 1996

- *las condiciones éticas, sexuales, morales, culturales, políticas, psicológicas, etc., de una persona no la excluyen de ser sujeto pasivo de un delito sexual*³³
- *"[...] con el fin de establecer responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima [...]"*³⁴
- *Como la actividad probatoria tiene que estar circunscrita durante el transcurso de la actuación procesal a la verificación o refutación de los hechos jurídicamente relevantes del caso contenidos en la acusación, o a la demostración de un enunciado fáctico del cual se pueda extraer de manera lógica una conclusión acerca de la verdad o falsedad de los mismos, refulge como evidente que no puede ser objeto de prueba la vida íntima o sexual de la víctima*³⁵

En este orden de ideas, la existencia de vínculos matrimoniales, uniones maritales, relaciones sentimentales o de cualquier otra índole en la pareja no debe estar sujeta a argumentación para justificar la perpetración de comportamientos de índole violenta que afectan la libertad sexual y la dignidad de esta última, por excepción esta se admite cuando se pretende concretar una específica situación de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta en la mujer.

Es más, la verificación de tales circunstancias implica una mayor intensidad del injusto, y por tanto un mayor grado de reproche, en la medida en que se parte de la base que con tales relaciones surgen especiales deberes de solidaridad o estrechas comunidades de vida entre ellos, siendo contrario a este cometido toda actividad ordenada a la cosificación de uno de ellos. Lo anterior, sin perjuicio de que en la apreciación de la credibilidad del testimonio de la víctima pueda ser relevante, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, de aquellos hechos accesorios, relativos a la animadversión o al resentimiento de ésta, de los cuales puedan derivarse falsos señalamientos en contra del procesado que imposibiliten demostrar la imputación fáctica.

Teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial obrante en acápites anteriores, es de precisar que en casos como el que se examina, cuando el abogado

³³ CSJ Sala de Casación Penal. Radicado 18455 del 7 de septiembre de 2005.

³⁴ CSJ Sala de Casación Penal. Radicado 23706 del 26 de enero de 2006

³⁵ CSJ Sala de Casación Penal. Radicado 20413 del 23 de enero de 2008

haya escogido como estrategia defensiva la de cuestionar la credibilidad del relato del sujeto pasivo de la conducta, deberá tener especial cuidado en que todos sus actos procesales apunten a establecer el aspecto psíquico de odio, rencor o interés (y no cualquier otro estado, condición o cualidad de la víctima) mediante la acreditación, al igual que la valoración, de hechos indicadores distintos a los de la vida sexual e intimidad de la mujer y que de ninguna forma lleven a lesionar su dignidad o discriminarla, ya sea de manera directa o indirecta.

6.2. CASO CONCRETO:

Como se dijo en precedencia, la defensa planteó varios problemas jurídicos, sin embargo, como algunos de ellos, desembocan en situaciones similares, daremos respuesta a medida que desarrollemos los puntos en orden en que fueron presentados.

En primer lugar, la defensa, refirió que la Fiscalía no demostró cuales eran las edades de la víctima y del procesado para el momento de los hechos. Sobre el particular, cabe recordar que conforme la delimitación fáctica realizada por el ente acusador, la ocurrencia de estos delitos se produjo entre el 23 de enero de 2012 a enero del año 2015. Si a esta situación, le sumamos la información obrante en las estipulaciones probatorias, en las cuales –valga resaltar- las partes dieron por cierta la plena identidad de la víctima y del victimario, podemos advertir con facilidad, que su edad es un aspecto plenamente demostrado, cosa diferente, es que la comisión del delito haya iniciado desde tiempo atrás, pero como se dijo en la acusación, los hechos delictivos anteriores a esa data, deben ser investigados por la jurisdicción de infancia y adolescencia. En otras palabras, la conclusión a la que se llega obedece a una simple operación matemática.

*Veamos, para el 23 de enero del 2012, el joven **EDWIN LEONARDO**, nacido el 23 de enero de 1994³⁶ contaba con 18 años de edad, lo que de contera implica que es sujeto de responsabilidad penal. Así mismo, la joven Amelia, nacida el 01 de septiembre de 1997, contaba para ese momento con 15 años de edad, quedando*

³⁶ ver folio 39 del cuaderno principal

claro que para la fecha en que cesaron los delitos (enero de 2015) aún seguía siendo menor de edad. En ese entendido, la censura de la defensa resulta infundada, pues el mismo aceptó dar por ciertas estas situaciones, luego no puede venir a decir que el juzgado se contradijo o que esos aspectos no fueron probados, cuando las conductas punibles objeto de juzgamiento no tienen relación con un presunto acceso carnal abusivo o situaciones que pudieron darse cuando la víctima era menor de 14 años. De ahí que este punto no requiera más análisis, siendo despachado desfavorablemente.

*Dice el censor, que la declaración en juicio de **Amelia** no es una retractación, sino una justificación de los motivos que la llevaron a denunciar a **EDWIN**, los cuales no tienen que ver con el miedo o con la explotación sexual, sino que todo se produjo por sugerencia de un tercero y del deseo de deshacerse de su pareja para estar con otros hombres.*

*Al respecto considera la Sala que el análisis de la A quo en punto a la retractación de la víctima en el juicio oral, no solo es correcta y acorde con el material probatorio allegado, sino que la crítica de la defensa es desacertada y contradictoria; pues no existe explicación alguna para que afirme de manera tajante que la menor **Amelia** es una mentirosa y al mismo tiempo solicite que se tenga en cuenta las afirmaciones de esta, donde trata de exculpar a su cliente.*

*Por otro lado, si lo que pretende es la absolución de su cliente, debe recordar que no solo se le está juzgando por los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de la víctima, sino por el atentado contra la familia que ambos tenían, es la razón de la agravante especial a él imputada. En este punto, tanto en sus declaraciones iniciales como en lo expuesto en el juicio oral, quedó probado que la adolescente **Amelia** tenía una convivencia conflictiva con **EDWIN**, al punto que, en todas sus versiones (incluyendo en el juicio oral), dejó claro que discutían por todo, que este la amenazaba de muerte y si bien trató de beneficiarlo diciendo que no hubo violencia física, lo cierto es que –ese aspecto es lo único carente de credibilidad en su relato– pues la misma está ampliamente corroborada por los vecinos y la familia, quienes dieron cuenta del maltrato y de la presión psicológica*

que este le prodigaba, al punto tal, que accedía a todos sus pedimentos para evitar que el acusado violara a su hermana menor o agrediera a sus padres, conociendo de primera mano los alcances de su pareja.

*De ahí que la violencia intrafamiliar de la que fue objeto no fue desvirtuada de ninguna forma por la defensa, por el contrario, los dichos de la menor aunados a los testimonios de sus padres, vecinos y terceros involucrados son uniformes al reflejar la clase de vida y de vejámenes sexuales a los que **Amelia** era sometida por cuenta de su pareja; de manera que las consecuencias de ese tipo de violencia no pueden ser tergiversadas por la defensa, para desacreditar a la víctima, a partir de frases que no cuentan con soporte probatorio, aludiendo a un comportamiento libertino de esta, cuando precisamente lo que se sanciona es que fue inducida y constreñida a esas conductas sexuales por parte de su compañero sentimental, quien se lucraba económicamente de estas. De todas maneras, como se explicará más adelante, los actos contra el bien jurídico de la familia son subsumidos en la agravante específica del artículo 216 numeral 3 del Código Penal.*

Recordemos, que cuando en el acto de voluntad ha mediado la violencia, no sólo refulge la imposibilidad de excluir el tipo por consentimiento (en la medida en que ya no sería un acto de libertad o disposición del titular del bien jurídico), sino que además la atención deja de circunscribirse a la conducta de la víctima, dado que el comportamiento dirigido a someterla proviene del sujeto agente y, por consiguiente, es el de este último el que termina siendo jurídicamente relevante, incluso en aquellos eventos en que también lo sea el estado de vulnerabilidad del sujeto pasivo.

Adicionalmente, no es posible sostener que el sujeto pasivo, cuando es sometido a una situación de constreñimiento, fuerza o coacción, tiene poder de control sobre la asunción del peligro, e incluso el autor estaría en una posición de garante cuando entre él y la víctima hay relaciones susceptibles de equipararse a estrechas comunidades de vida, pues éstas obligan al primero a evitar la realización de cualquier conducta que lesione o amenace la libertad sexual de la segunda. En consecuencia, el comportamiento íntimo o sexual de la víctima resulta por completo

irrelevante para efectos de la configuración de los delitos sexuales que incluyan la violencia como elemento estructural del tipo objetivo.

Otro de los aspectos que cuestiona la defensa es que la víctima nunca demostró que fuese golpeada, que haya abortado o que presentara secuelas derivadas de una agresión física. Al respecto, cabe recordar al censor, que esta ciudadana fue examinada por varios médicos y psicólogos, en distintas oportunidades durante la convivencia con el acusado y aún después de atreverse a denunciarlo, y en todas las ocasiones, siempre refirió que sufría de violencia física o psicológica, que los golpes se los propinaba su pareja, la mayoría de las veces cuando se rehusaba a tener relaciones con otros hombres o cuando trataba de escapar de su lado.

*Por su parte, el apelante no aportó ninguna prueba de índole testimonial, documental o pericial que refute lo expuesto por dichos expertos, en especial sobre las condiciones en que examinaron a la joven. Para el caso concreto, estamos hablando de las dos especialistas en ginecología que la atendieron el 26 de diciembre de 2013, fecha en la que **Amelia** ingresó al Hospital San Vicente de Paúl por las patadas que el procesado le propinó en el estómago y que atribuye son la causa del aborto. En este punto, es verdad que las ecografías que le practicaron mostraron que no había evidencia de embarazo y tampoco signos de trauma, pero ello no significa que los golpes y el aborto como tal no se hayan presentado, pues la misma historia clínica refleja en el examen del abdomen que este se encontraba “blando y doloroso en fosa iliaca derecha y en hipogastrio”³⁷ eso sin mencionar que en el examen vaginal, se hallaron “laceraciones alrededor de los labios mayores” y también al hacerle el respectivo tacto vaginal, se consignó que “sale guante sin sangre pero con abundante leucorrea”.*

Esta última parte, es la que corrobora el dicho de la menor, pues precisamente la presencia de la leucorrea, entendida como esa secreción vaginal blanquecina que se produce por la inflamación de la membrana del útero y que generalmente aparece en mujeres en embarazo; ratifica lo expuesto en la anamnesis, sobre que era una

³⁷ ver folio 50 cuaderno principal

mujer primigestante, con edad gestacional desconocida y que, por causa de los golpes recibidos, le sobrevino un aborto.

*Pero además de estas dos profesionales de la medicina, se escuchó en juicio oral varios psicólogos adscritos al CAIVAS de la Fiscalía que atendieron y orientaron a **Amelia** en su proceso de ayuda, cuando resolvió escapar de su pareja. En este caso, a todos ellos, la joven les comentó como había iniciado su relación sentimental, cuáles eran las actividades sexuales que debía desempeñar e incluso el precio que pagaban por ellas y como se repartían las ganancias entre Edwin y su cómplice María, siendo bastante gráfica al describir los tipos de violencia a que era sometida, los cuales eran de naturaleza física, sexual y psicológica.*

*La joven **Amelia** fue enfática en decir que su pareja la obligaba a tener relaciones sexuales con otros hombres, que las veces que se rehusó, este la golpeaba, le daba patadas e incluso trató de ahorcarla, también narró la ocasión en que le colocó una navaja en el cuello, un día de tantos donde se negó a sostener relaciones sexuales con él, y el hecho que más temor le causaba: amenazó de muerte a su padre y que iba a violar a su pequeña hermana, aspecto que causó tal estupor en su familia, que ambas menores, fueron colocadas por la Fiscalía en el hogar de protección Asperla, a fin de evitar que este las encontrara.*

De cara a lo expuesto, la censura presentada por el apelante constituye un falso juicio de identidad, al distorsionar el contenido de todas las declaraciones presentadas por los testigos de cargo para acomodarlas a la versión de la menor en el juicio oral, y así sacar avante su teoría del caso. Dichos testimonios no solo poseen un alto grado de credibilidad y fiabilidad que respaldan la tesis de la Fiscalía. Por el contrario, la argumentación defensiva, al insinuar que el origen de la denuncia es producto del “desarrollo intelectual y motriz de una mujer que sostiene relaciones con 5 hombres diferentes...y que tiene motivos para deshacerse de su compañero”, hace ver a la víctima como una persona que en vez de haber sido instrumentalizada, como en efecto ocurrió, es un ser que participa de variadas relaciones sentimentales sin que efectivamente ello sea cierto, tal afirmación termina por convertirse en una manifiesto sexista y discriminatorio, que haría

entender que las reacciones violentas del acusado frente al comportamiento sexual de la víctima, están justificadas, adoptando una postura machista, donde la mujer es objeto de propiedad del hombre, lo cual no se compadece con la realidad jurídica.

Por último, frente al posible yerro en la dosificación punitiva, con la lectura de tal solicitud esta en principio se debería despachar de manera desfavorable puesto que el recurrente simplemente efectúa un enunciado en tres renglones y sin la suficiente fundamentación³⁸. De todas maneras, esta Sala es del parecer que cuando se observan yerros trascendentes que afectan derechos fundamentales, en especial del procesado, es deber corregirlos, ello puesto que la sentencia penal tiene que ser armónica no solo con el sistema legal, sino con el constitucional, más por cuanto debe primar la sustancialidad y con ella la justicia material. La corrección que se hará incide directamente en la pena.

El problema fue advertido por el representante del Ministerio Público quien afirmó que en el caso presente solo se cometía el delito de proxenetismo³⁹ con menor de edad, la juez consideró frente a este hecho que si bien estas conductas tienen similitud, existen ingredientes del tipo que los diferencian, el uno con la inducción y el otro con la fuerza independiente de la edad de la víctima. Además, que cada una de estas conductas fue debidamente probada por la Fiscalía.

El panorama empieza a complicarse debido a la gran cantidad de leyes que se han venido expidiendo en orden a luchar contra los abusos en contra de las mujeres, y, en especial, en su protección sexual, a más que han seguido toda la corriente mundial en orden a estar a la vanguardia normativa en este tópico. La Sala no censura estos avances, pero sí el hecho que no se realice el suficiente ejercicio de coherencia y de coordinación con la misma legislación lo cual genera enormes problemas de interpretación. Basta con citar las leyes 679 de 2001, 747 de 2002, 985 de 2005, 1236 y 1257 de 2008, 1329 y 1336 de 2009. Otra crítica es que se ha dejado el cambio socio-cultural de la dignificación femenina solo a la esfera del derecho penal, siendo que esta es la última ratio, los cambios educativos, sociales, culturales no se ven con el dinamismo deseado.

³⁸ Folio 141 de la carpeta párrafo 3.

³⁹ Folio 105 bis de la carpeta y páginas 30 y 36 de la sentencia de primera instancia.

Para el caso concreto, el adecuar en conductas punibles la acción del infractor es una actividad complicada, varias normas penales se adecuan al supuesto fáctico, por ejemplo, en los artículos 188A y 188B, o 213, 213A, 214, 216, 217 del Código Penal. De todas maneras, se debe respetar la acusación de la Fiscalía y los cargos realizados en ella al igual que los alegatos de conclusión. Ese marco fáctico y jurídico genera el problema frente a la existencia de un concurso formal de conductas punibles.

Es cierto que lo ocurrido se resume en el hecho que el procesado y la víctima fueron compañeros permanentes, iniciaron su relación sentimental desde que eran menores de edad, incluso la joven tenía menos de 14 años, que dentro de la convivencia fue inducida a realizar actos de prostitución, pero en ciertos momentos cuando la menor se resistía o no quería, el infractor utilizaba la violencia tanto física como síquica, de lo probado en este caso se desprende que esta tenía directa relación de causa a fin con la actividad de lenocinio. No se tiene por probado que se ejerza violencia distinta de la declarada en este juicio por parte del infractor a su pareja.

En gracia a la discusión se dan actividades de inducción y también de constreñimiento, lo cual haría pensar que las conductas concursan materialmente; sin embargo, al analizar las conductas de inducción a la prostitución, artículo 213 y el constreñimiento a la prostitución, artículo 214 del Código Penal, vemos que son conductas básicas orientadas en general a la protección de cualquier persona víctima de esas conductas. Frente a la conducta de proxenetismo con persona menor de edad, artículo 213A del C.P., vemos que esta es una conducta especial frente a las anteriormente comentadas, protege a los menores de edad. Ello implica que las normas inicialmente mencionadas están orientadas a la protección penal de los mayores, es equivocado entonces utilizar al tiempo la norma del tipo básico y a la vez la del tipo especial. Dentro de la incoherencia de las mismas vemos como el delito de constreñimiento tiene una pena menor que el de inducción siendo esta conducta de una gravedad superlativa.

Conforme a nuestro entendimiento podemos concluir que el proxenetismo con menor de edad incluye tanto las conductas inductivas, como las violentas, vale decir que este delito es complejo⁴⁰ como es la realidad de su ocurrencia, este se agota con un solo acto de

⁴⁰ Véase como referente jurisprudencial, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 41800 del 16 de Julio de 2014.

inducción o de fuerza, pero se puede prolongar en el tiempo y cambiar de modalidad, es lo que ocurrió en el caso presente – y lo que pasa en la generalidad de casos – en los que se da una situación de permanencia y de diversas modalidades de sometimiento a la víctima. Ello es lo que explica el aumento considerable de pena y más cuando es agravada.

Consideramos que esta conducta permanece en estado de consumación mientras permanece el sometimiento y la cosificación de la víctima. Pensar lo contrario es generar una extralimitación del derecho penal que, precisamente es lo que se busca evitar con los parámetros del concurso formal de conductas punibles. Estaríamos, si ellas no se aplicaran, castigando penalmente por cada una de las relaciones sexuales realizadas por la víctima durante la situación por ella vivida, valoración difícil sino imposible, descontextualizada y desproporcionada.

*Por otra parte, observamos que la violencia realizada, conocida y probada con suficiencia fue la relacionada como medio de presión para el ejercicio de la actividad de prostitución, para que la realizara o porque no lo hacía, ello dentro de la convivencia como pareja. De todas maneras, es relevante destacar que al procesado se le atribuyó la circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 3 del artículo 216 del C.P., que aumenta la pena de una tercera parte a la mitad, es decir por el hecho que la actividad de inducción se realizare “sobre compañera permanente”. Si comparamos esta agravante con el contenido del delito de violencia intrafamiliar, artículo 229 del C.P., vemos que el aplicarlas en forma simultánea impone una violación flagrante al principio del **NON BIS IN IBIDEM**. Además, no observa la Sala dentro del debate probatorio, ni en los alegatos y menos en la sentencia que se hubiese probado actos de violencia distintos de los relacionados con la actividad de prostitución. En la sentencia recurrida poco o nada se dice respecto a este problema concreto.*

*Siendo así las cosas, no se deben castigar las conductas de constreñimiento a la prostitución, ni la violencia intrafamiliar. En consecuencia, y en respeto del principio de la **NON REFORMATIO IN PEJUS**, a pesar de no compartir la motivación expuesta por el Juzgado de instancia para no imponer una pena mayor,⁴¹ la pena será la impuesta en*

⁴¹ Página 43 de la sentencia.

Sentencia de 2da instancia
RADICADO: 05001-60-00207-2015-00352
PROCESADO: EDWIN LEONARDO MURILLO TUBERQUIA
DELITO: CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN Y OTROS

primera instancia para el delito de proxenetismo con menor de edad, artículo 213A, es decir 224 meses de prisión y multa de 89.33 SMLMV. En lo demás se confirmará la sentencia recurrida.

Una última consideración tiene que ver con instar a la Fiscalía, si no lo ha hecho, para que determine la responsabilidad de la mujer con la cual el aquí condenado se repartía las utilidades de la explotación de la víctima en este caso.

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

RESUELVE

PRIMERO: *Modificar el numeral primero de la sentencia recurrida en el sentido **DE CONDENAR** al señor **EDWIN LEONARDO MURILLO TUBERQUIA** únicamente por el delito de proxenetismo con menor de edad agravado, artículo 213A del C.P., en consecuencia, la pena será de 224 meses de prisión y multa de 89.33 SMLMV. Se instará a la Fiscalía conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. En lo demás se confirma la decisión recurrida. Esta Sala lo absuelve de los delitos de constreñimiento a la prostitución y violencia intrafamiliar.*

SEGUNDO: *Esta decisión se notifica en estrados y en su contra procede el recurso extraordinario de casación.*

TERCERO: *Copia de esta providencia será enviada a la Juez de instancia.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

Sentencia de 2da instancia
RADICADO: 05001-60-00207-2015-00352
PROCESADO: EDWIN LEONARDO MURILLO TUBERQUIA
DELITO: CONSTREÑIMIENTO A LA PROSTITUCIÓN Y OTROS

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado