



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 060

(Sesión del 31 de julio de 2020)

Radicado: 05-001-60-00206-2017-58153
Procesado: Aldo Emanuel Pérez Delgado
Delito: Acceso carnal violento agravado
Asunto: Delegado del Ministerio Público apela fallo respecto de la pena
Decisión: Conformar con modificación
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 6 de agosto de 2020

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó el delegado del Ministerio Público, contra la sentencia del 7 de noviembre de 2019 por la cual el Juzgado Quince Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, declaró a Aldo Emanuel Pérez Delgado penalmente responsable del punible de Acceso carnal violento agravado y en consecuencia le impuso la pena principal privativa de la libertad de 234 meses.

2. HECHOS

En horas de la mañana del 26 de noviembre de 2017, Aldo Emanuel Pérez Delgado concurrió al inmueble de Luz Elena Pérez Granados, ubicado en la calle 38 86A-08, barrio Cristóbal de la ciudad de Medellín, con el fin de adelantar reparaciones locativas al apartamento de esta. Como llegó en una hora diversa a la acordada con su familiar, la ciudadana no estaba en casa y por ello fue atendido por la joven Michel Ricaurte Pérez quien era la única que estaba en el domicilio.

Por vía telefónica Luz Elena Pérez Granados le dijo a Aldo Emanuel que lo más conveniente era que volviera otro día para adelantar el trabajo. En el acto, entonces, el sujeto le pidió autorización para ingresar al inmueble con el fin de usar el servicio de *wifi* y comunicarse con sus hijos domiciliados en Venezuela.

Luz Elena Pérez Granados consintió el ingreso del familiar a su heredad y cuando estaba solo en el apartamento con su prima Michel Ricaurte Pérez de 17 años de edad para ese momento, la despojó de su ropa, besó sus senos y la accedió con su miembro viril por la vagina.

3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. Audiencias preliminares

El 28 de noviembre de 2017 se le formuló imputación a Aldo Emanuel Pérez Delgado por el punible de Acceso carnal violento agravado y aunque el delegado de la Fiscalía solicitó la imposición de medida de aseguramiento, el juez con funciones de control de garantías denegó la petición.

Como el ciudadano no aceptó el cargo, la Fiscalía presentó el correspondiente escrito de acusación el 19 de febrero de 2018.

Por reparto, la causa se asignó al Juzgado Quince Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín. Ante su titular, el 25 de mayo de 2018 se adelantó la audiencia de acusación oral, al tanto que la audiencia preparatoria se agotó el 25 de julio de 2018.

El juicio oral se adelantó en varias sesiones: 11 de octubre; 6, 10, y 14 de diciembre de 2018. 5 de marzo y 15 de mayo de 2019. En esta última sesión se anunció el sentido de fallo condenatorio y se ordenó la captura del procesado.

Aunque en la decisión se dice que se agotó audiencia de individualización de pena y sentencia, una vez verificada toda la carpeta no se observó constancia en audio o en acta de esta diligencia.

3.2. Sentencia de primer grado

3.2.1. De la responsabilidad

Al motivar el fallo condenatorio, el *a quo* destacó que el testimonio de la afectada es creíble pues su relato en el juicio fue detallado, claro e inequívoco respecto del traumático episodio que vivió por la acción de su consanguíneo.

La forma espontánea como la testigo narró la secuencia fáctica de esa mañana y sobre todo la exposición del trauma que le quedó por esa experiencia, le da al testimonio la solidez que se requiere para dictar una sentencia de condena.

El *estrés* pos traumático que mencionó la testigo fue corroborado no solo por su progenitora, sino también por la psicóloga Silva Vélez Oquendo y el médico legista quien afirmó que la aflicción es característica de este tipo de vivencias.

Ninguna duda queda, conforme a la valoración del testimonio bajo los parámetros de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de que la menor fue accedida carnalmente mediante violencia por su consanguíneo, concluyó el juez.

No es sostenible, desde ningún punto de vista, la tesis de la defensa de que el encuentro sexual fue consentido porque la menor, siendo una persona "*grandecita*" tuvo la oportunidad de repeler la agresión del familiar. La sociedad y el procesado en particular deben entender que cuando una mujer, incluso un hombre, dice no al acto sexual, es no. No es necesario la exteriorización de una forma en particular para que el sujeto entienda que el otro no desea, no quiere, o no busca un encuentro de naturaleza sexual.

3.2.2. De la fijación de la pena

En relación con la sanción, el *a quo* destacó que la pena prevista para el punible de Acceso carnal violento agravado en los términos de los artículos 205 y 211, numeral segundo del Código Penal, oscila entre 16 a 30 años (192 a 360 meses) Dentro de ese margen y conforme a los lineamientos del artículo 61 del *ibídem*, y en tanto al justiciable no se le dedujo circunstancias de mayor punibilidad, el fallador destacó que la pena fluctuaría en el cuarto mínimo, es decir, entre 192 y 234 meses.

Ahora, dada la gravedad de la conducta, en tanto el sujeto agente obró con dolo directo de primer grado y no midió las consecuencias de su acción, pues actuando como “*depredador*” seleccionó claramente su víctima: la nieta de su tía; hija de su prima hermana. Familiares que le brindaron apoyo cuando emigró de Venezuela y aun así aprovechó que la menor de edad estaba sola para accederla mediante violencia.

Por el desvalor de la acción y del resultado. La afectación psicológica de la menor y la defraudación a la confianza que la familia de la víctima había brindado al sujeto, el fallador optó por imponer la pena máxima del respectivo cuarto: 234 meses de prisión.

3.2. Del recurso

En término de ley, el delegado del Ministerio Público recurrió la decisión. A juicio del interviniente, en la sentencia se incurrieron en los siguientes yerros respecto de la pena.

1. Violación a los principios de estricta tipicidad y congruencia

Al justiciable se le acusó según la circunstancia de agravación prevista en el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal, referida al carácter posición o cargo que llevase a la víctima a depositar la confianza en el sujeto agente.

Según se probó en el juicio, el justiciable era una persona que recién había llegado de Venezuela por lo que no es viable predicar la configuración de los supuestos de la causal. Lo que se probó fue el parentesco entre el procesado y la víctima y la integración de este a la unidad doméstica de la menor, por lo que en estricto derecho la causal de agravación sería la del numeral 5 del citado artículo 211.

2. Error en la tasación de la pena

El juez impuso la pena dentro del respectivo cuarto, pero en su máximo valor, aduciendo para el efecto, razones fácticas propias del tipo penal básico con la circunstancia de agravación que debió endilgarse, esto es la quinta del artículo 211 *ibídem*. Lo anterior representó para el procesado la valoración doble de un mismo punto con consecuencias graves en la pena.

Los argumentos del juez para apartarse del tope mínimo del respectivo cuarto, no son los que para el efecto destaca el inciso tercero del artículo 63 del C.P y por ello se debe reducir la pena.

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 2004¹.

4.2. Problema jurídico

En las condiciones de la apelación, la Sala determinará si el juez adelantó el proceso de fijación de la pena, conforme a los lineamientos que establece la ley sustancial y lo que se probó en el juicio.

1 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.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico

4.3.1. Aclaración previa

Antes de resolver de fondo la apelación que formuló el delegado del Ministerio Público, es necesario destacar que aunque el juez de conocimiento pretermitió la audiencia de individualización de pena y sentencia que regula el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal, no por ello se puede decir que el desconocimiento del debido proceso en su componente derecho a las formas propias de cada juicio conlleva inevitablemente la anulación de la actuación para que en la respectiva instancia se conceda la palabra a partes e intervinientes con el fin de que se refieran a las condiciones personales y de todo orden del procesado y, a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Aunque uno de los fines de la referida audiencia es habilitar el espacio para que partes e intervinientes expresen, entre otros aspectos, cuál debe ser la pena imponible al declarado culpable, y que la apelación del Ministerio Público se circunscribe a este tópico, el yerro del *a quo* no tiene el alcance que amerite la invalidación de la actuación.

Los principios de convalidación y trascendencia que con claridad informan la naturaleza de la nulidad, indican que si la parte agraviada con la omisión no la alega ni demuestra su trascendencia, es innecesario dejar sin efecto parte del proceso para ordenar que se rehaga desde el momento en que se presentó el yerro.

Como en el asunto, el inconforme con la decisión ni siquiera reparó en la omisión del *a quo*, la Sala resolverá a pesar de ello.

4.3.2 De la fijación de la pena

El sujeto agente fue acusado por la comisión del delito de Acceso carnal violento agravado por la circunstancia dos del artículo 211 del Código Penal que aumenta la pena cuando: "(...) 2. *El responsable tuviere cualquier carácter,*

posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

En el juicio se probó, además del acceso carnal mediante violencia, que Aldo Emmanuel Pérez Delgado, es hijo de Antonio Pérez Granados, hermano de la señora Luz Elena Pérez Granados, la abuela de la joven Michel Ricaurte Pérez. Es decir, la víctima y el procesado están en el quinto grado de consanguinidad².

De igual forma, se probó que el justiciable nació en Venezuela y que por la situación económica que afronta ese país, los familiares de origen colombiano le propiciaron ayuda en esta ciudad.

También quedó establecido que el trato entre la joven Michel y su familia cercana, Catalina Ricaute y Luz Elena Pérez Granados, madre y abuela respectivamente, con Aldo Emmanuel, no pasaba de la simple cortesía y solidaridad por la precaria situación económica de este. De hecho, el lugar donde más se congregaban es el sitio de trabajo de la señora Catalina. Lugar público pues allí funciona la sede de la Junta de Acción Comunal del barrio Cristóbal de esta ciudad y Aldo concurría para usar el *wifi*.

Cuando la delegada de la Fiscalía formuló la acusación por el punible de Acceso carnal violento, aunque mencionó la circunstancia que agravaba el delito, en lo fáctico no destacó los hechos por los que Aldo Emmanuel tenía particular autoridad sobre la víctima, o llevó que esta depositara su confianza en él.

² Ley 57 de 1887, art. 4o. Con arreglo al artículo 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el Título III (arts. 19-52) de la misma Constitución.

“(…)

Artículo 35. Parentesco de consanguinidad. **Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz**, o que están unidas por los vínculos de la sangre.

“(…)

Artículo 37. Grados de consanguinidad. Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. **Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí.** (Negrillas fuera de texto)

Así las cosas, y dado que el justiciable no tenía respecto de la joven Michel, *carácter, posición o cargo* que generara autoridad sobre ella y en tan sentido se le facilitara el acceso, no puede reprochársele con mayor pena el delito básico.

De igual forma, si no hay nada que acredite: *carácter, posición o cargo* por el cual la afectada depositó su confianza y por ende un grado de tranquilidad en el trato con Aldo Emmanuel, tampoco puede ser este el motivo para una pena mayor.

Según dijeron los testigos de cargo, la relación entre la joven, su madre y su abuela con Aldo no pasó de una relación de cortesía permeada por la solidaridad que prodigaron dada su condición de emigrante.

Ahora, el vínculo de consanguinidad entre la joven Michel y el justiciable, que como se dijo corresponde al quinto grado, tampoco es el sustento fáctico de la circunstancia de agravación. No siempre, cual relación causa efecto, se presenta percepción o relación de autoridad entre personas que tienen un ascendente común. Y menos en este caso en que el sujeto agente no ha estado presente en la vida familiar de Michel.

Así las cosas, le asiste razón al delego del Ministerio Público al considerar que en el asunto no se demostró la circunstancia que agrava la pena y por ello habrá de imponerse la sanción dentro de los extremos mínimo y máximo del tipo penal básico de Acceso carnal violento previsto en el artículo 205 del Código Penal.

4.3.3 La pena dentro del respectivo cuarto de movilidad

Cuando el *a quo* impuso la pena dentro del respectivo cuarto, optó por el mayor valor punitivo, argumentando para el efecto el desvalor de la acción y del resultado y, la intensidad con la que el sujeto agente agotó la acción prohibida.

Para el recurrente, las razones aducidas por el juez no son las que menciona el inciso tercero del artículo 63 del C.P, que a la letra prevé: “(...) *Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: **la mayor o menor gravedad de la conducta**, el daño real o potencial creado, **la naturaleza de las causales que agraven** o atenúen la punibilidad, **la intensidad del dolo**, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto*” (Negritas fuera de texto)

En *el sub examine*, el fallador destacó que la conducta es más grave de lo que ordinariamente suele ocurrir, porque el sujeto agente aprovechó que estaba solo con la víctima, circunstancia que nunca se había presentado y por ello la accedió mediante violencia, que era lo que tenía previsto.

A juicio de la Sala, este argumento no es tan sólido y válido para justificar una pena mayor, pues el día de los hechos, Aldo Emmanuel se presentó a la casa de su familiar porque previamente había sido citado por la abuela de la joven para adelantar una labor de mantenimiento al inmueble. Es decir, cuando el sujeto arribó al apartamento, no sabía que la menor estaba sola.

Ahora, que Aldo Emmanuel hubiese aprovechado la circunstancia de estar solo con la joven en el apartamento y accederla mediante violencia, ello no dista mucho de lo que reza el tipo penal por el que se le acusó. La violencia hace parte del tipo y por regla general esta clase de conductas se desarrollan en lugares cerrados donde solo están víctima y victimario.

De otra parte, el sentenciador argumentó, para imponer una pena mayor, la intensidad del “*dolo directo de primer grado*” con la que obró el actor. Entendido este cuando la realización del tipo penal ha sido perseguida de manera directa por la voluntad del agente; “(...) *así, verbi gratia, el autor quería hurtar y lo lleva a cabo; quiere matar y lo ejecuta*”³

Al respecto vale destacar que el tipo penal por el que se llamó a juicio al procesado, es esencialmente doloso. Es decir, precisa que el sujeto conoce

³ Fallo de primer grado. Página 26.

los hechos y quiere su realización⁴. Entonces, si el procesado sabía que accedía mediante violencia a la joven Michel y quiso ejecutar ese acto, es decir agotó los presupuestos del artículo 205 del C.P ¿Cuál es la razón para una mayor sanción penal?

Finalmente, el fallador destacó que la acción desplegada por el justiciable es más grave porque recayó en una joven cuya familia le prestó, por su condición de inmigrante, solidaridad y apoyo ahora que su país de origen afronta una marcada crisis económica, y porque se valió de una treta para ingresar al apartamento en tanto dijo que necesitaba del servicio de *wifi* para comunicarse con sus hijos en Venezuela.

Esta valoración, a juicio de la Sala, es acertada en tanto no hace parte de los elementos que estructuran el tipo penal básico y fueron debidamente probados en la actuación.

En el juicio se demostró que Aldo Emmanuel fue recibido con solidaridad por sus consanguíneos quienes se preocuparon por su condición económica y la de sus hijos. Razón por la cual le era exigible responder con mayor respeto y agradecimiento, la acogida que le ofrecieron en el seno de ese hogar.

Por la difícil situación que afronta el procesado como el inmigrante y la razón que adujo para ingresar al apartamento de sus familiares: usar el servicio de *wifi* para comunicarse con sus hijos en Venezuela, es que la señora Luz Elena autorizó su ingreso no obstante que Michel estaba sola en el inmueble.

Defraudar a quienes le prestaron respaldo y mencionar a sus hijos para justificar el ingreso al inmueble, ciertamente son manifestaciones que califican con mayor gravedad el delito por el que se juzga y avalan en consecuencia una pena superior al mínimo del respectivo cuarto.

⁴ **Artículo 22. Dolo.** La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

4.3.4. La redosificación de la pena

Atendiendo entonces que en el proceso no se demostró la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal, la pena para el justiciable se tasaré conforme a los extremos del delito base que tienen en el mínimo 144 meses y en el máximo 240 meses. $240 - 144 = 96 / 4 = 24$.

Como al justiciable no se le dujo circunstancias de mayor punibilidad y no registra antecedentes penales, la pena estará dentro del cuarto mínimo, es decir, entre 144 y 168 meses.

Dentro este valor y atendiendo la mayor gravedad de la conducta como se dijo, la pena final no será el mínimo como petitionó el recurrente sino el máximo: 168 meses. En igual valor será la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

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, **CONFIRMA** con **MODIFICACIÓN**, la sentencia recurrida por el delegado del Ministerio Público. En consecuencia, fija la pena privativa de la libertad y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas del procesado en 168 meses.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella procede casación.

Radicado: 05-001-60-00206-2017-58153
Procesado: Aldo Emanuel Pérez delgado
Delito: Acceso carnal violento agravado

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado