



**Sentencia de segunda instancia.
Radicado. Nro. 050016000207201200276.
Acusado: Javier Alberto Zapata.
Delito: Actos sexuales con menor de catorce años agravado.
Asunto: Apelación sentencia condenatoria.
Decisión: Confirma y modifica.
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Aprobada por Acta Nro. 138.**

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, veintiuno de octubre de dos mil veinticuatro.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia condenatoria proferida el 17 de octubre de 2023 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, luego de hallar penalmente responsable, a título de autor al señor **Javier Alberto Zapata** de la comisión de la conducta punible de Actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo, en contra de la joven L.L.G.S.¹,

¹ Cuyos nombres y apellidos se han omitido por tratarse de una menor de edad para la época de los hechos.

imponiéndole una sanción principal de 17 años de prisión y una accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por igual término. Finalmente, no se le concedió subrogado y sustituto penal alguno por expresa prohibición legal.

1. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:

De acuerdo con lo acreditado en el juicio oral y lo narrado en el escrito de acusación, la conducta delictiva atribuida al procesado se presentó en las siguientes circunstancias:

“Cuando la joven L. L. G. S. contaba con 8 años de edad, para el año 2005 y hasta el año 2009, en la carrera 52 N° 40-44 apartamento 205 del Barrio Pérez de Bello, fue tocada en múltiples oportunidades por el señor Javier Alberto Zapata, en casa de su tío, tocamientos que fueron desde darle palmadas en la nalga, desnudarla, darle besos en la boca, tocar sus senos, la cavidad vaginal y el rozamiento con el miembro viril, situaciones estas que se dieron en varias oportunidades”.

El día 23 de enero de 2017 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bello, se inició la audiencia de formulación de imputación que, luego de ser suspendida, culminó el 28 de febrero de ese mismo año, allí al señor Javier Alberto Zapata se le imputó el concurso homogéneo del delito de Actos sexuales con menor de catorce años agravado, de conformidad con los artículos 209, 211 numeral 5 del Código Penal, cargos que no aceptó.

En su oportunidad legal la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del acusado por los delitos antes señalados, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bello, ante el cual se desarrolló el juicio oral en sesiones del 12 de marzo de 2019, 22 de abril, 6 de octubre de 2021 y 16 de mayo de 2023, que finalizó con la emisión de sentido del fallo de carácter condenatorio.

Para el 17 de octubre de 2023 se llevó a cabo audiencia de lectura de sentencia. Providencia que fue recurrida en apelación por la Defensa.

2. LA PROVIDENCIA RECURRIDA:

La *A quo* consideró que la Fiscalía logró demostrar, más allá de toda duda razonable, la autoría y la responsabilidad del acusado en la comisión de los delitos de Actos sexuales con menor de catorce años agravados, ya que el testimonio rendido por quien fuera menor al momento de los hechos era suficiente, coherente, creíble e incriminatorio, narrando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales le realizó múltiples tocamientos libidinosos a L. G. S.

Y que si bien, era cierto, el testimonio de la víctima no indicaba el número de veces en que se dieron los tocamientos, se anunció una frecuencia importante, por cuanto tanto el procesado como la víctima vivían bajo el mismo techo, iniciándose cuando esta tenía 8 años y prologándose hasta los 13 años.

Indicó la Juez de primera instancia que la conducta, según lo narrado por G. S. empezó con juegos de manos y palmadas en las caderas, luego con desnudarla y tocarla en sus partes íntimas, así como de tratar de introducirle los dedos en la vagina y penetrarla.

Explicó la Juez *A quo* las razones por las cuales pasaron tantos años de abuso sin que la menor contara lo que ocurría con el ciudadano Javier Alberto Zapata, refiriendo que cuando lo reveló a su progenitora, tampoco esta denunció los hechos.

Se indicó por la falladora que la impugnación de credibilidad de la víctima G. S. —*respecto de la presunta retractación realizada por ella*— no tuvo vocación de mérito, por cuanto se probó que lo hizo porque se sentía presionada por su familia y no quería que su mamá saliera perjudicada, dado que empezaba a tener buena relación con ella, siendo esto corroborado por la testigo psicóloga Marta Elena Cerón Rivera, quien informó que la adolescente llegó queriendo desistir de la denuncia, porque esta le estaba causando muchos problemas, y la única manera de afianzar el vínculo con su madre era decir que no había ocurrido el abuso de parte del señor Javier Alberto Zapata. Pero reiteró la profesional que no fue una retractación, por lo cual la judicatura determinó como creíble la versión dada por la víctima, ya como persona mayor de edad, dentro del juicio.

Resaltó la Funcionaria *A quo* que la conducta fue típica de tocamientos y ocurrió en varias oportunidades en un lapso considerable de años, y se probó que el agresor vivió bajo el mismo techo con la víctima, constituyéndose ello como un indicio de oportunidad.

Aseveró la funcionaria que el dicho de la víctima fue contundente, encontrando coherencia, y fundamentando lo ocurrido como real. Se probó que el agresor hacía parte del grupo familiar, convivía bajo el mismo techo con la ofendida y en un tiempo ocupaba la misma habitación en la casa, encuadrando en la causal imputada y que hizo parte de la acusación, en tanto el agresor se hallaba integrado a la unidad doméstica.

Por último, la Juez de primera instancia se refirió a los elementos de la conducta punible, indicando que no solo se dio la descripción objetiva del tipo penal sino también el subjetivo de actuar con conocimiento y voluntad, existiendo antijuridicidad formal y

material, así como culpabilidad, dado que el ciudadano Javier Alberto Zapata tenía conocimiento de su ilicitud.

3. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

La Defensora del señor **Javier Alberto Zapata** presentó recurso de apelación, resaltando que son desacertados varios aspectos relevantes esbozados en la sentencia de primera instancia.

El primero obedeció a la duda razonable, considerando que la víctima L. L. G. S. contradujo su versión juramentada desde los inicios de la investigación penal, por cuanto se retractó en dos oportunidades de las aseveraciones de culpabilidad que dieron origen al proceso penal, siendo la primera el 2 de abril de 2024, donde manifestó: *“a mí no me ha pasado nada”*, y la segunda el 7 de mayo de 2014 en Medicina Legal, donde no solo se retractó sino que explicó el motivo de ello, afirmando que se había inventado todo, única y exclusivamente por llamar la atención de su mamá.

Planteó que su desacuerdo con la Juez de primera instancia radica en que a través de la impugnación de credibilidad quedó clara la retractación, por lo cual se generó duda sobre la ocurrencia de los hechos.

Como segunda observación, refutó la Defensa la decisión de primera instancia con relación a no clasificar la cantidad de veces en que se realizó la conducta punible, porque la víctima en su declaración pocos detalles dio de ello y no estableció cuántas veces fue agredida en su integridad sexual, generando un vacío probatorio que debió valorarse en favor del procesado, y contrario a ello, se condenó por otro tanto con un argumento escaso,

imponiéndole cinco años más de condena, presentándose una desproporción en el quantum imponible de la sanción.

Como tercer tópico abordó la carencia de antecedentes penales del justiciable, dado que no se observó motivación alguna al respecto, siendo necesario aplicarlo en favor del procesado al momento de tasar la pena.

Reclamó la defensa, revocar el fallo de primera instancia y, subsidiariamente, revisar el quantum punitivo impuesto.

El apoderado de víctimas como no recurrente, manifestó que no eran de recibo las dos retractaciones efectuadas por la víctima, debido a que estas se habían hecho por fuera del juicio oral.

Respecto del número de veces en que se realizó la conducta, consideró que ello se extractaría del estudio riguroso de la prueba vertida en sede del juicio oral, lo cual hizo la Juez en su providencia.

Pidió la confirmación del fallo de primera instancia.

4. CONSIDERACIONES:

La competencia del Tribunal se restringe a decidir sobre los pedimentos elevados por la recurrente, extendida desde luego a los que le estén vinculados en forma inescindible, sin que advierta irregularidad alguna en el trámite, y menos aún, con la entidad suficiente para generar la invalidación de lo actuado; en consecuencia, resulta viable abordar el estudio de fondo del asunto.

Igualmente, debe precisarse que por tratarse de apelante único rige plenamente el principio de *no reformatio in pejus*.

Antes de adentrarnos en el estudio de las censuras de la defensa a la sentencia de primera instancia, se referirá la Sala a los términos de prescripción de la conducta, según la acusación y la incidencia que pudo tener en ello el tránsito de legislaciones sobre la materia.

Para el año 2005, el tipo penal acusado “*Actos sexuales con menor de catorce años*”, traía aparejada una pena de prisión de tres (3) a cinco (5) años, susceptible de ser incrementada de una tercera parte a la mitad en virtud de las agravantes establecidas en el Art. 211 del C. Penal, concretamente en esta oportunidad fue imputada la establecida en el numeral 5.

La Ley 1236 del 23 de julio de 2008, aumentó la pena, quedando de nueve (9) a trece (13) años de prisión, con la posibilidad de ser incrementada de una tercera parte a la mitad, en virtud de la agravante establecida en el numeral 5 del Art. 211 *ibidem*.

Con fundamento en lo anterior, será tomada la pena de tres (3) a cinco (5) años del primer precepto, en razón de los hechos ocurridos entre el 2005 y 2008, que con el incremento de la agravante deviene de cuatro (4) a siete años y medio (7.5).

De otro lado, para el año 2005, el artículo 89 del C.P disponía lo siguiente:

“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuera privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá veinte (20) ...”.

De lo expuesto, se deberá decir que la acción penal prescribiría en 7.5 años. Para los hechos del 2005, su término de prescripción finalizaría en 2013.6, para el 2006 en el 2014.6 y para 2007² culminarían en 2015.6 como término máximo por lo que, de entrada, dirá esta Magistratura que dichos hechos serán objeto de prescripción en virtud del principio de favorabilidad, pues ni siquiera debieron haber sido contemplados en la formulación de imputación y posterior acusación.

En consonancia con lo dicho, el artículo 89 del C.P, en virtud de que la Ley 1154 de 2007 del 4 de septiembre, en su artículo 1° adicionó el inciso tercero de dicha regla que dispone:

“Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos en menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad...”

De lo anterior, deberá advertir esta Sala que únicamente serán objeto de pronunciamiento los hechos ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 1154 de 2007-*parte del año 2007, 2008 y 2009*- cuya vigencia inició el 5 de septiembre de 2007. Para esa fecha la menor L.L.G.S., nacida el 13 de diciembre de 1996, contaba 10 años, 9 meses de edad, habiendo alcanzado su mayoría de edad para diciembre del año 2014, y es desde allí, que se deben contar los 20 años, siendo el término de prescripción el 13 de diciembre de 2034.

Ahora, respecto de lo acontecido en el juicio, son dos las refutaciones planteadas por la Defensa en el caso bajo estudio, siendo la primera a analizarse por esta Sala, las retractaciones efectuadas por la menor G. S. por fuera del juicio oral.

² Hasta antes de la vigencia de la Ley 1154 de 2007.

Como suele ocurrir en la generalidad de los procesos que se adelantan por atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales de un menor de edad, se carece del concurso de testigos directos, tornándose necesario, en mayor grado, un exhaustivo análisis probatorio, ya que tales delitos suelen ser cometidos, a puerta cerrada, en la intimidad, en donde sólo se cuenta con la figura del agresor y la víctima, razón por la cual el testimonio de esta última adquiere gran importancia, sin que por su sola condición de único pueda ser desestimado, y debe ser valorado bajo los postulados de la sana crítica y confrontado con las demás pruebas existentes, para determinar si existen medios de convicción que lo corroboren o lo apoyen.

El fenómeno de la retractación de menores víctimas de abusos sexuales es un tema complejo, pues en él se congregan no sólo los derechos procesales del presunto abusador investigado, sino también los derechos del menor “*víctima*” que se ve enfrentado a una exposición familiar y social, pudiendo recaer en el diferentes traumas, miedos y culpas productos del suceso, según el caso que se estudie y viéndose enfrentado a un proceso judicial que en ocasiones ni entiende o quiere enfrentar.

En estos casos es fácil entender a la víctima, que absorbida por un sentimiento de culpa ve coartada su voluntad de revelar lo sucedido, lo cual se agrava cuando se encuentra presionada por su entorno familiar, situación de por sí conflictiva y que le genera miedo de manifestar el acto abusivo acaecido, obstaculizándose la búsqueda de la verdad pretendida en el proceso penal.

En cuanto a la retractación de los testigos y la credibilidad otorgada a esas declaraciones, es importante destacar lo señalado por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de

Justicia en sentencia SP18-2024, radicado 56228 del 24 de abril de 2024, donde analizó la forma en que debe ser valorada tal postura de los declarantes:

46.- En esa medida, resulta importante hacer referencia a lo manifestado en reiteradas oportunidades por esta Sala sobre la forma en que debe ser valorada la retractación de testigos, especialmente cuando se trata de víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, menores de edad –niñas, niños o adolescente– para la época en que ocurrieron los hechos:

«Cuando el testigo – víctima, que en las diligencias de instrucción hace imputaciones de manera certera y concreta, se ve compelido a retractarse en la audiencia del juicio oral por diversas razones, entre ellas las amenazas, corresponde al juzgador apreciar la espontaneidad de la retractación, porque en todo caso, la retractación no es una prueba tarifada sobre todo si aparecen imputaciones certeras a través de reconocimientos, informes, entrevistas, etc.

Ninguna razón asiste al libelista cuando alega que la versión de la víctima - testigo único, en la audiencia de juicio oral y público deja “sin validez lo dicho en la entrevista”; no es cierto que la retractación sea vinculante, sobre todo cuando entraña motivos que repugnan a los objetivos mismos de la Administración de Justicia: la libertad, la igualdad, la justicia material, la paz, a la vigencia del orden justo; el juez tiene la carga de develar la espontaneidad de la retractación para otorgarle la validez que alega la parte interesada en ella». (Cfr. CSJ SP 2009, 27 jul, rad. 31.579).

Para el caso concreto, y en referencia a las retractaciones realizadas por la víctima, tenemos que la defensa impugnó credibilidad a la menor L.L.G.S. con unas entrevistas realizadas antes del juicio, que ingresaron debidamente por existir confrontación y disposición de la testigo, además porque se sujetaron a las reglas de descubrimiento, incorporación y valoración contenidas en las reglas 440 y 441 del C.P.P.

En esa oportunidad, se le puso de presente a la testigo el informe de investigador de campo FPJ-11 del 12 de mayo de 2014 donde había señalado que *“hace año y medio colocó una denuncia con el primo que la tocaba, luego dice que todo se lo inventó ella, porque la mamá no le ponía atención y la mamá se*

puso a vivir con Javier". En el juicio explicó la víctima, que eso lo dijo porque empezaba a tener una buena relación con la mamá y porque en los sitios donde fue atendida su situación le decían que su progenitora era cómplice, debido a que conocía la situación y no hizo nada, además porque se echaría a su familia encima, siendo esas situaciones las que la llevaron a decir que nada había pasado. De lo manifestado, observa esta Corporación que para ese momento de la retractación, la menor sentía miedo por la suerte de su madre y creía que quitando la denuncia podría salvar a su progenitora de una eventual investigación.

En el juicio ocurrió lo contrario a las entrevistas, la víctima recalcó que los hechos sí habían pasado y que ella debía pensar más en ella, teniendo la necesidad de exponer la situación vivida, más aún, cuando ni sus padres ni familiares la ayudaron cuando ocurrió el abuso. La defensa en su labor de refutación, hizo leer dos renglones de la entrevista a la víctima, descontextualizando lo dicho y ocurrido, sin embargo, para la Sala la versión dada en el juicio por L.L.G.S. es la versión creíble por ser contundente, coherente y sin contradicción o duda alguna.

A modo conclusivo, sobresale la siguiente situación que no permite tener en cuenta los retractos de la menor: esta obedece a la versión rendida en el juicio oral por L.L.G.S. quien corroboró de manera íntegra los hechos jurídicamente relevantes que atribuidos al señor Javier Alberto Zapata, explicando durante el transcurso de su deponencia que la presunta retractación mediante la cual la defensa intentó impugnar su credibilidad con dos entrevistas, la realizó para proteger a su progenitora de una eventual complicidad, debido a que esta conocía los hechos y nada hizo respecto a ellos, situación suficiente para creer que desistiendo de la denuncia su madre no saldría perjudicada, lo cual la llevó a decir ante las autoridades que nada había pasado.

Dicha manifestación la corroboró la testigo traída al juicio, la Psicóloga Marta Elena Cerón Rivera, quien indicó haber estado presente al momento en que la entonces menor G. S. realizó la retractación, declarando que quería quitar la denuncia en contra del señor Javier Alberto Zapata porque eso le estaba generando muchos problemas con su madre y su familia, igualmente porque quería fortalecer ese vínculo emocional con la mencionada y la única manera era decir que no había ocurrido el abuso del señor Zapata.

Por lo anterior, considera la Sala que la declaración rendida en el juicio por L.L.G.S. es la versión creíble y no las manifestaciones realizadas por fuera de dicho estadio procesal, pues la explicación ofrecida para haber efectuado esas iniciales retractaciones se advierte razonable por su deseo de poner fin al conflicto que ella avizoraba podía complicar a su progenitora con quien estaba construyendo una relación afectiva.

El segundo reparo efectuado por la apelante consistió en reclamar la existencia de duda al no detallarse claramente el número de veces en que se perpetró la conducta punible por parte del señor Javier Alberto Zapata, así como su desproporción en la imposición de la pena por parte de la Juez de primera instancia.

Para resolver dicha coyuntura, esta Sala abordará las capacidades que tienen los niños o niñas para precisar rangos o líneas de tiempo, para ello traerá como referencia la sentencia T 078 de 2010 MP Luis Ernesto Vargas Silva, donde se ahondó e introdujo el concepto de una connotada tratadista en la materia, la cual señaló:

“Debemos resaltar, que una gran cantidad de investigación científica, basada en evidencia empírica, sustenta la habilidad de los

niños/as para brindar testimonio de manera acertada, en el sentido de que, si se les permite contar su propia historia con sus propias palabras y sus propios términos pueden dar testimonios altamente precisos de cosas que han presenciado o experimentado, especialmente si son personalmente significativas o emocionalmente salientes para ellos. Es importante detenerse en la descripción de los detalles y obtener la historia más de una vez ya que el relato puede variar o puede emerger nueva información. Estos hallazgos son valederos aún para niños de edad preescolar, desde los dos años de edad. Los niños pequeños pueden ser lógicos acerca de acontecimientos simples que tienen importancia para sus vidas y sus relatos acerca de tales hechos suelen ser bastante precisos y bien estructurados. Los niños pueden recordar acertadamente hechos rutinarios que ellos han experimentado tales como ir a un restaurante, darse una vacuna, o tener un cumpleaños, como así también algo reciente y hechos únicos. Por supuesto, los hechos complejos (o relaciones complejas con altos niveles de abstracción o inferencias) presentan dificultad para los niños. Si los hechos complejos pueden separarse en simples, en unidades más manejables, los relatos de los niños suelen mejorar significativamente.

Aún el recuerdo de hechos que son personalmente significativos para los niños puede volverse menos detallista a través de largos períodos de tiempo³.

De otro lado, y en sintonía con el presupuesto de que no es dable exigir fechas ciertas, inequívocas y exactas a los menores de edad respecto a los eventos donde fueron abusados, la Sala Penal de la Corte Suprema en providencia AP 1838-2020, radicación 53154 reseñó:

“En efecto, aunque el defensor opina que la Sala Penal ignoró la regla antedicha al descartar la existencia de alguna contradicción en el relato de la menor, en cuanto a la periodicidad de los eventos en general y de las penetraciones anales, y la ocurrencia de este último tipo de episodios, lo real es que, frente al primer aspecto, no se trata de una manifestación de olvido por parte de la agredida, sino más bien de la discrepancia del recurrente con la forma en que habrían de interpretarse las expresiones lingüísticas de la víctima.

Así, ninguna disimilitud semántica se encuentra en las expresiones: «muchas veces, casi diario o entre 5 y 6 veces a la semana», pronunciadas por la niña para referirse al número de ocasiones en que fue agredida sexualmente, pues todas ellas abarcan el mismo significado, en un contexto de narración en el que pretendió comunicar la alta frecuencia de los abusos a su integridad sexual. Una enunciación numérica exacta como la pretendida por el letrado, tal cual lo concibió el ad quem, «limitaría su relato a un discurso mecánico», que atentaría, ahí sí, severamente, contra la veracidad de la versión.

Incluso, es del caso resaltar, que, la verificación preliminar de la actuación permite evidenciar que la niña fue capaz de diferenciar entre

³ “Violencia familiar y abuso sexual”, capítulo “abuso sexual infantil”. Compilación de Viar y Lamberti. Ed. Universidad del Museo Social de Argentina, 1998.

la periodicidad de los accesos según se tratara del tiempo en que vivió con su mamá o con su papá, pues, frente al primer caso, afirmó que ellos ocurrían cada que a él -el procesado- se le presentaba la oportunidad y en el segundo, que éstos sucedían entre cinco o seis veces a la semana, afirmación que, no es esencialmente diversa a la entregada a la investigadora del CTI, EMZ, en el sentido de que, en la semana, los abusos eran «casi todos los días»”.

Lo anterior permite señalar que la manifestación precisa de fechas y momentos exactos no se constituye en aspecto que pueda ser exigida a las víctimas menores de edad en sus declaraciones, pues circunstancias como las arriba enunciadas inciden de una u otra forma en la recordación de los eventos que atentaron contra su libertad sexual, por lo que para tener por probado por ejemplo el concurso heterogéneo u homogéneo y sucesivo de abusos sexuales durante años o largos periodos de tiempo, basta con que el menor afectado las ubique en un rango temporal cierto en relación con personas, lugares o fechas importantes como cumpleaños, navidades, vacaciones, entre otros; respecto de este tópico, recordemos como la víctima L.L.G.S. fue clara en indicar que dichos hechos acontecieron cuando compartía morada con su abuela y el acusado vivía en el segundo piso de la propiedad, al igual que en el interregno entre sus 8 y 13 años, edad última en la cual decidió poner fin a los abusos y le contó lo sucedido a su progenitora, siendo esta información suficiente, en consideración de la Sala, sin que le sea exigible que aporte fechas precisas de los eventos en los que fue violentada, máxime si se trata de un abuso sexual sistemático o continuado en el tiempo, pues ello sería como pretender que llevara una bitácora o diario de las vivencias negativas soportadas, circunstancia que atenta contra su libre desarrollo de la personalidad e integridad mental.

Expuesto lo anterior, encuentra esta Corporación que no es necesario el detalle respecto del número de veces en que se realizó la conducta punible por parte del señor Javier Alberto Zapata

en contra de la integridad sexual de la víctima; sin embargo, deberá analizar si lo impuesto de pena como “*otro tanto*” equivalente a cinco (5) años de prisión, es proporcional, a la multiplicidad de vejámenes.

Para empezar, deberá poner como referente esta Sala lo planteado por la Juez de primera instancia quien refirió⁴ “... *para proferir una sentencia de carácter condenatorio en contra del ciudadano Javier Alberto Zapata por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en los términos del artículo 211, numeral 5°. Así constara en la sentencia, Actos sexuales abusivos con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, pues al menos de 2 conductas*”. Esta Corporación comparte este criterio de referenciar y procesar dos situaciones, dado que el escrito de acusación fue nulo en otorgar y determinar el número de veces en que cometió la conducta el ciudadano Javier Alberto Zapata en contra de la menor L.L.G.S y además, porque tampoco se podrán tener en cuenta los hechos acaecidos entre el año 2005 y el 5 de septiembre de 2007, por cuanto se encontraban prescritos incluso para el momento de formulación de la imputación.

Expuesto lo anterior, se parte de que la Juez de primera instancia al realizar la dosificación de la pena se situó en el cuarto mínimo, considerando como pena a imponer el equivalente a 12 años, y en referencia al otro tanto incrementó el quantum en 5 años más, para una pena final de 17 años de prisión.

Visto esto, considera la defensa que es desproporcionada la determinación en lo que al otro tanto se refiere, por cuanto esa proporción fue del 40% de la pena.

Para decidir tal coyuntura, esta Sala dirá que los Artículos 3 y 4 del C. Penal, a manera de principios rectores, establecen que la pena debe partir de su necesidad,

⁴ Ver 01PrimeraInstancia, C01Principal, C02Audios, 09Juicio20230516, Minuto 1:04:00.

proporcionalidad y razonabilidad, y cumplir funciones preventivas, retributivas, resocializadoras y de protección al condenado; y el artículo 61 ibidem ordena que el sentenciador, en el aspecto cuantitativo, debe dividir la diferencia del quantum mínimo y máximo en cuartos: un mínimo, dos medios y un máximo, y que sólo puede moverse dentro del primer cuarto, cuando existan circunstancias de atenuación, o no se den estas pero tampoco de agravación, dentro de los cuartos medios, cuando obren simultáneamente atenuantes y agravantes, y en el máximo cuando concurren solo circunstancias de agravación punitiva; e, igualmente establece que, una vez determinado el cuarto de movilidad, el Juez ponderará, a efectos de imponer la sanción en concreto, 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, el grado de culpabilidad, la necesidad y funciones de la sanción, en el caso concreto; y, en la tentativa, la mayor aproximación al delito consumado y en la coparticipación, la eficacia de la contribución y ayuda.

En cuanto al factor cualitativo, es la norma consagratória del tipo en concreto, la que señala la naturaleza de la sanción o sanciones a imponer.

En el caso bajo examen, para lo que interesa a esta decisión, los hechos fueron tipificados por la Fiscalía dentro del delito de Actos sexuales con menor de catorce años agravado, en concurso homogéneo, y de lo dicho por la Falladora de primera instancia, se advirtió que solo se dio otro hecho similar el que se encuentra sancionado con pena de prisión entre doce (12) y diecinueve (19) años, seis (6) meses.

La señora Juez *A quo* fijó correctamente el ámbito punitivo de punibilidad dentro del cuarto mínimo, esto es, entre 12

y 13 años, 10 meses, 15 días de prisión, pues no concurrían circunstancias de mayor punibilidad y en cambio de sí de menor punibilidad, como la prevista en el numeral 1 del Art. 55 del C. Penal, por la carencia de antecedentes penales, determinándose por fijar la pena en su mínimo legal, es decir, 12 años de prisión, en lo que no se advierte ninguna ilegalidad. Pero adujo, que por tratarse de un concurso homogéneo y sucesivo, pues los actos sexuales con menor de catorce años se repitieron en otra oportunidad, decidió incrementar la pena en 5 años de prisión, lo que justificó aduciendo que *“se trataba de un concurso de un número considerable de conductas en razón al tiempo que se prueba en el juicio”*; situación en la cual no concuerda esta Corporación, debido a que la funcionaria al pronunciar el sentido de fallo indicó claramente que el comportamiento se había dado solo en dos oportunidades⁵, lo que está en consonancia con la forma indebida como fueron precisados los hechos jurídicamente relevantes en la acusación *“situaciones estas que se dieron en varias oportunidades”*, pero sin que nunca se precisara su número, ni siquiera aproximado.

En dicho procedimiento ha advertido la Defensa un desconocimiento de la proporcionalidad y la razonabilidad que debe acompañar la imposición de la pena, en lo que ciertamente no se encuentra desprovista de razón. Ciertamente es que se trata de un delito grave, pero también se debe reparar en que el mismo ya se encuentra severamente sancionado por el Legislador, quien se ha ocupado no sólo de incrementar las penas para este tipo de comportamientos delictivos, sino de restringir al máximo el reconocimiento de cualquier sustituto punitivo o rebaja de pena, hasta el punto tal que en el momento actual la pena es

⁵ Ver 01PrimeraInstancia, C01Principal, C02Audios, 09Juicio20230516, Minuto 1:04:00.

inconmutable, por haberse cometido la conducta precisamente contra una menor de edad.

En la ejecución del comportamiento delictivo objeto de análisis no se advierte que el procesado haya sobrepasado la gravedad intrínseca que por sí conlleva dicha conducta, y la mayor intensidad de la conducta se ve reflejada en la agravante imputada, la cual apareja un aumento de pena por realizar el comportamiento en esas circunstancias modales.

Para la Magistratura, se considera elevado el incremento hecho por la *A quo*, por cuanto no se sustentó el porqué de ese aumento de la pena en la conducta punible concursal, contradiciendo lo expuesto en el sentido del fallo con el cuerpo de la sentencia, debido a que en el primero manifestó que solo se había encontrado la materialidad de dos comportamientos y en el segundo, aludió a la ocurrencia de un número considerable de conductas punibles.

Tampoco se advierte como muy ortodoxo el procedimiento seguido por el Juez *A quo* al proceder a fijar la pena, decidiéndose por partir del mínimo punitivo de la conducta base y a continuación efectuar un elevado incremento por razón de la conducta concursal, cuando se trata de un comportamiento idéntico a la inicial, pues cuando menos ha debido tener en cuenta similares argumentos para la determinación de la punibilidad de ambas conductas, como que se trató de comportamientos iguales.

Ahora, si bien es cierto que el Art. 31 del C. Penal, que regula el incremento punitivo por razón del concurso de conductas punibles, autoriza que se aumente la pena establecida para la conducta más grave hasta, en otro tanto, teniendo únicamente como limitaciones el que no sea superior a la suma

aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas dosificadas cada una de ellas y que en ningún caso sobrepase los 60 años de prisión, ello se cumple en este caso; no obstante, no puede perderse de vista que la pena así resultante debe consultar los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Al respecto resulta oportuno traer la preocupación que ha exteriorizado nuestra Corte Suprema de Justicia en tan espinoso asunto:

“Lo expuesto no obsta para que la Corte deje de expresar su preocupación por el desmesurado incremento de penas para algunos delitos, a punto de escucharse algunas voces que, aun en contravía de los compromisos internacionalmente adquiridos por Colombia, propugnan por el establecimiento de la cadena perpetua o la pena de muerte por la realización de determinadas conductas, pero sin atender para nada principios inherentes al derecho penal, tales como los relacionados con la naturaleza e importancia de los bienes jurídicos que se pretende tutelar, o con la gradualidad, proporcionalidad, racionalidad, utilidad y efectividad de las consecuencias legales por su lesión o puesta en peligro, aspectos que, como es apenas obvio, deben ser objeto de consideración al momento de determinar la clase e intensidad de las penas correspondientes a la naturaleza y gravedad social y jurídica de los delitos cometidos, máxime si se concibe el ordenamiento como un sistema coherente de disposiciones y no como algo irracional derivado del capricho del órgano legisferante, del gobernante de turno o del aparato judicial.

Pero además, cuando a pesar de reconocerse la importancia de fortalecer el sistema acusatorio que apenas se encuentra en proceso de implantación en nuestro medio, se promueve la aprobación y puesta en marcha de políticas y disposiciones que niegan toda posibilidad de obtener fallos de conformidad con el acusado, como así sucede con las previsiones del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, o del artículo 199, numerales 7 y 8, de la Ley 1098 de ese mismo año, con lo cual no se logra otra cosa que desestimular la colaboración con la administración de justicia para ahorrarle tiempo y costos en el descubrimiento de determinadas especies de criminalidad, en el desmantelamiento de organizaciones criminales que azotan a la población, y en la efectiva reparación de las víctimas de la delincuencia, al tiempo que se encubren las razones de política criminal que inspiraron los desarrollos constitucionales y legislativos que dieron lugar a la puesta en funcionamiento del nuevo modelo de procesamiento penal”⁶.

⁶ CSJ, Sentencia del 1 de junio de 2011, radicado 31895, M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

En esta oportunidad los fundamentos expuestos por la *A quo* se advierten insuficientes para mantener el elevado incremento punitivo por razón del delito concursal, y el mismo deberá adecuarse a la proporción justa, esto es, a la que consulte la proporcionalidad y razonabilidad de la pena, como lo reclama el recurrente, para lo cual también se deben tener en cuenta las funciones de la pena, particularmente lo que tiene que ver con la prevención general y la retribución justa.

Con la prevención general se advierte a la sociedad de las consecuencias reales que puede soportar cualquiera que incurra en una conducta punible, que en este caso se encuentra acentuada por el hecho de que el sentenciado tendrá que cumplir la totalidad de la pena impuesta, pues se encuentra proscrito de todo beneficio o subrogado judicial o administrativo (Art. 199 de la Ley 1098 de 2006), y con la retribución justa, que se define al momento de imponerle la pena y se determina su contenido de justicia, de mano de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; y cuya ejecución en esta oportunidad se tendrá que satisfacer a cabalidad, por tratarse de una pena que tendrá que redimir completamente.

Teniendo en cuenta que los comportamientos delictivos por los cuales resultó sancionado el procesado no revistieron gravedad distinta a la que de por sí genera dichas conductas, se advierte acertado la determinación de la pena en su mínimo legal para el delito base, la que debe incrementarse en una proporción justa y razonable por razón del concurso con otra conducta punible de igual factura, y en esta oportunidad se advierte como adecuado un incremento de doce (12) meses de prisión, para una pena definitiva de trece (13) años de prisión, que deberá redimir enteramente el sentenciado, la que se ajusta a criterios de proporcionalidad, racionalidad, utilidad y efectividad de las

consecuencias legales que se buscan con la conducta perpetrada.
En igual lapso le queda fijada la pena accesoria.

En todo lo demás rige el fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Novena de Decisión Penal-** Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero: CONFIRMAR la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados mediante la cual se condenó al señor **Javier Alberto Zapata**, como autor del delito de Actos sexuales con menor de catorce años agravado en concurso homogéneo. Con la **MODIFICACIÓN** de que la pena impuesta se fija en **TRECE (13) AÑOS DE PRISIÓN** y en igual lapso se fija la pena accesoria. Ello, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Por extinción de la acción penal, decretar la prescripción de los hechos ocurridos en el año 2005, 2006, hasta el 4 de septiembre de 2007, en este proceso impulsado en contra del señor **Javier Alberto Zapata** por el delito de Actos sexuales con menor de catorce años agravado. Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

Tercero: Esta sentencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de ley.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado

CESAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado.

Firmado Por:

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Cesar Augusto Rengifo Cuello
Magistrado
Sala 01 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Código de verificación: **ad388c5a026fa81b5c3637375e768336a09970f6ff273ffe7314cbb2e0178df1**

Documento generado en 21/10/2024 04:49:03 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>