

Proceso: 050016000207 **2020-01250**
Delito: Acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexual
abusivo con menor de 14 agravados
Condenado: John Fredy Tavera Durango
Procedencia: Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín
Objeto: Apelación de sentencia condenatoria
Decisión: Confirma
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Sentencia No: 009-2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DECIMOTERCERA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto aprobado según Acta No. 030

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa de **John Fredy Tavera Durango**, en contra de la sentencia proferida el 19 de octubre de 2022 por el Juzgado 23 Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual se le condenó como autor penalmente responsable de un concurso de delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravados, donde resultó como víctima su menor hija STR.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES:

Fueron narrados por el Juez de primera instancia así:

“El señor John Fredy Tavera Durango, en calidad de padre biológico de la menor STR, durante los años 2017 a 2019, la accedía carnalmente vía vaginal con su pene de igual forma fue sometida a tocamientos erótico sexuales en su vulva y senos, al mismo tiempo utilizaba su boca para darle besos en la vagina y su boca, también con fines libidinosos inducía a la menor a prácticas sexuales. La primera vez que el señor Tavera somete a su hija a los abusos sexuales, contaba con 9 años”.

El 7 de noviembre de 2020 se solicitó la expedición de orden de captura en contra del ciudadano Tavera Durango, la cual se materializó el 28 de octubre siguiente y se legalizó en la misma fecha ante el Juzgado 42 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, oportunidad en que se formuló en su contra imputación como autor de un concurso homogéneo y sucesivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y heterogéneo con un concurso homogéneo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años también agravado en los términos de que tratan los artículos 208, 209 y 211.5 del C.P., cargos a los que no se allanó. Se le impuso medida de aseguramiento de privación de la libertad.

Posteriormente, fue acusado por la Fiscalía General de la Nación mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2021, requerimiento fiscal que se concretó en audiencia realizada el 19 de abril de ese mismo año, ante el Juez 23 Penal del Circuito de Medellín, donde se le llamó a responder como autor responsable de la conducta punible de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo, a su vez en concurso heterogéneo y sucesivo con el de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, también en concurso homogéneo, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 208, 209 y 211 numeral 5 del C. Penal.

Agotada la audiencia preparatoria, se realizó el juicio oral, que culminó con la sentencia que se revisa, en la que se condenó al acusado como autor penalmente responsable de los delitos por los que fue convocado a juicio criminal,

imponiéndole como penas, la principal de 22 años de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La defensa recurrió en apelación el fallo.

2. DE LA DECISIÓN RECURRIDA

En lo que se erige en motivo de la alzada, el *a quo* consideró que la conducta sancionada con mayor severidad era la de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravada, pues sus extremos oscilaban entre 16 y 30 años de prisión. Luego, al verificar la ausencia de circunstancias de mayor y de menor punibilidad optó por partir del mínimo de la pena, esto es, 16 años de prisión. En razón del concurso de conductas punibles, luego de considerar que los hechos se sucedían casi a diario, circunstancia que daba cuenta del número elevado de agresiones, a la gravedad de la conducta y al daño causado, así como la actitud posterior del acusado quien llamaba a la víctima y a su madre a hostigarlas, decidió incrementar en 4 años la pena inicial por cuenta del concurso de accesos carnales y en 2 años más por los actos sexuales, para una pena final de 22 años.

3. DEL RECURSO

El defensor del acusado mostró inconformidad con la sentencia en lo que a la dosificación de la pena se refiere, considerando desproporcionado el incremento por el concurso. En su sentir se vulnera el debido proceso al no fundamentarse debidamente aquel incremento. Recordó que las personas halladas penalmente responsables de conductas contra la libertad y el pudor sexual de menores de edad no tienen derecho a ningún tipo de rebaja, lo que hace que el monto impuesto sea exagerado. Agregó que el *a quo* aplicó de manera equivocada el artículo 31 del C.P. pues no se impuso una pena proporcional, razonable ni necesaria, constituyéndose en un acto arbitrario. Agregó que se desconoció por

el *a quo* el deber de motivar adecuadamente la dosificación de la pena conforme a los principios señalados. En su opinión no basta con que en la sentencia se haga alusión al contenido del artículo 31 del C.P., que debe estar acompañado de la evaluación de los fines de la pena. Insistió en que no se motivó la pena a imponer respecto de su proporcionalidad, pues se limitó a referirse a la gravedad de la conducta y al daño causado, así como a la conducta posterior del sentenciado en contra de la víctima y su madre.

5. CONSIDERACIONES

5.1 En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.

5.2 El problema jurídico fundamental propuesto por la defensa tiene que ver con determinar si la pena impuesta desconoce el deber de motivación que la ley le impone al fallador.

5.3 Al respecto, el Código Penal, en su Libro Primero, Título IV, Capítulo Segundo, se ocupa de los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad. En él se abarcan diferentes aspectos relacionados con esa actividad, entre ellos, las circunstancias genéricas que agravan o atenúan las penas, el deber de exponer los motivos que se tuvieron en consideración al definir la naturaleza y monto de las sanciones a imponer y esos factores a considerar en el ejercicio de dosificación de las penas.

En relación con los criterios a ponderar en concreto al momento de dosificar la pena, el artículo 61 en su inciso 3º señala:

...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 ha de cumplir en el caso concreto.

Acerca de la necesidad de referirse en concreto a cada uno de esos criterios al momento de ocuparse de la dosificación de la pena, la Sala de Casación Penal ha sostenido lo siguiente:

Sin embargo, ha de recordarse que esta Corte ha precisado que no resulta imperioso desarrollar los criterios consagrados en el inciso tercero del artículo 61 del C.P. a la hora de individualizar la pena en el acápite señalado para el efecto, pues estos mismos se podrían traer a colación en la parte motiva de la sentencia, sin que por ello se pueda afirmar que el juez omitió dar cumplimiento al referido proceso de individualización de la pena o que la pena es excesiva.

En sentencia del 25 de agosto de 2010, radicado 33458, se dijo sobre el particular:

“...En torno a este precepto, la Corte ha expuesto que su exégesis no puede conducir al entendimiento según el cual el sustento de la dosificación punitiva debe estar contenido necesariamente en el capítulo destinado en la sentencia para esta temática, pues si dicha motivación aparece en el contexto de la providencia, no hay lugar a predicar el desconocimiento de ese deber funcional, por la potísima razón de haber contado la defensa, en todo caso, con la real posibilidad de cuestionar los criterios dosimétricos considerados por el fallador”¹.

Tal omisión constituye el fundamento del casacionista para afirmar la violación del artículo 59 del estatuto punitivo. Sin embargo, encuentra la Sala que la motivación echada de menos en la demanda obra en los segmentos en los cuales el a quo analizó la tipicidad y la responsabilidad del acusado.

¹ Cfr. Sentencia del 8 de octubre de 2003, radicado 17606. En el mismo sentido sentencia del 10 de junio de 2009, radicado 27618

Al respecto, sea la primero precisar que la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado y la intensidad del dolo son algunos de los criterios que el inciso tercero del artículo 61 del C.P. le impone al juzgador ponderar para determinar la sanción dentro del cuarto punitivo seleccionado para el efecto.

La gravedad de la conducta dice relación con la mayor o menor afectación al bien jurídico tutelado por la ley. El daño real (o potencial) creado toca con la extensión del perjuicio, en otras palabras, “según que ha sido mayor o menor el número de las personas ofendidas, y según que el crimen ha dañado o expuesto a una lesión al estado mismo, a comunidades enteras, a una cantidad indeterminada de personas, o sólo a ciertas personas determinadas”². Finalmente, la intensidad del dolo se refiere al grado del injusto, tópico en el cual la Sala tiene dicho que la “reiteración de la conducta es índice de una gran intensidad del dolo...”³.

En los segmentos en los cuales el a quo analizó la tipicidad y responsabilidad del acusado, se encuentra que se examinó esa afectación al bien jurídico tutelado, como la extensión del daño que se causó y la intensidad del dolo con que actuó el acusado, entre otros factores.⁴

Del caso concreto

5.4 En el presente asunto, lo primero que tiene por manifestarse es que el *a quo* consideró la imposición de la pena mínima respecto del punible sancionado con mayor severidad a efectos de tomarlo como pena base del concurso de conductas punibles. Es decir, partió de 16 años de prisión con los que se sanciona una conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravada. Este ejercicio no amerita ningún comentario o reproche del Tribunal, pues el delito sin la

² Zaffaroni, Eugenio Raúl. Derecho Penal, Parte general. Ediciones EDIAR, Buenos Aires, Argentina, año 2000, página 1000.

³ Sentencia del 9 de febrero de 2004, radicación 10425. En el mismo sentido, sentencia del 10 de junio de 2009, radicado 27618.

⁴ Sentencia del 6 de agosto de 2019, radicado SP3067-2019, 55778

agravante se sanciona con pena que oscila entre 12 y 20 años, la cual se ve incrementada de una tercera parte a la mitad por cuenta de la circunstancia plasmada en el artículo 211 numeral 5°, lo que arroja como extremos de movilidad punitiva unos que oscilan entre 16 y 30 años.

En segundo lugar, a efectos de dosificar esa pena base, el fallador no consideró “necesario ... apartarse del mínimo, como quiera no se desbordan los límites ya valorados por el legislador al establecer el juicio de reproche”. Ese ejercicio de ponderación no admite ningún reparo de la defensa, pues parte de considerar proporcional y razonable imponer el mínimo de la pena. Más claro, se puede afirmar que luego de valorar los criterios a que se refiere la norma, el fallador consideró la imposición de la pena mínima como proporcional y razonable.

En tercer lugar, a efectos de establecer el incremento por cuenta del concurso de conductas, el *a quo* consideró varios factores o criterios de ponderación. En primer término, tuvo en cuenta la cantidad de conductas ejecutadas. Así lo expresó de manera concreta: *En cuanto al incremento por el concurso de actos y acceso, tenemos que los hechos sucedieron entre 2017 y 2019 y la menor refiere que las agresiones sexuales eran casi diarias, a cualquier hora y en cualquier momento, con los dedos con el pene y con tocamientos en todo el cuerpo. Ello denota que son múltiples las conductas de acto y acceso y por ello el incremento debe ser significativo...*. Esta es una razón incontrovertible. El incremento será menor si el número de delincuencias en concurso no es considerable. Más claro, no será el mismo si se trata de dos acciones punibles a si se trata de más de una decena. Eso es proporcionalidad.

Ahora bien, en la sentencia se destacó el dicho de la víctima, insistente en sostener que las agresiones eran a diario, en el día o en la noche, en cualquier momento y lugar, bajo amenazas en su contra y en contra de su mamá. Esta referencia da cuenta de la intensidad del dolo, tal como se expusiera en el extracto jurisprudencial citado párrafos atrás que justifica un juicio de reproche mayor desde la punibilidad.

Adicionalmente, acerca de la gravedad de la conducta, tampoco era necesario que en sede de punibilidad se reiteraran las circunstancias que permiten destacar esa gravedad. Se desconocieron por el acusado los deberes que su condición de padre le imponía para con la menor ofendida, esa realidad resulta incontestable. La sometió a un abuso crónico sin consideración alguna. Incluso, al revisarse el desarrollo del juicio se advierte cómo, el hoy sentenciado durante la declaración de su hija intervino dirigiéndole la palabra en un acto que puede catalogarse de intimidatorio. Este proceder resulta, además, coherente con una de las razones invocadas por la judicatura para definir el monto del incremento de pena por cuenta del concurso que tiene que ver con la conducta posterior del acusado hacia la víctima y su madre con intenciones, por momentos, claramente intimidatorias y en otros, buscando su consideración.

Finalmente, en relación con el daño causado a que se refiere el *a quo*, lo dejó ver la sentencia cuando se refirió a la declaración de la ofendida en juicio y la credibilidad que le merecía, destacando su actitud de profunda tristeza y dolor, que dicho sea de paso se puso de presente en su intervención en juicio que se caracterizó por un llanto, desazón y aflicción permanentes. También se plasmó en el fallo cuando la judicatura se refirió a la prueba de corroboración del dicho de la víctima citando a los profesionales de la medicina que tuvieron algún contacto con ella. Estos profesionales advirtieron el profundo daño que se ocasionó a la entonces niña y lo expusieron con solvencia en el juicio.

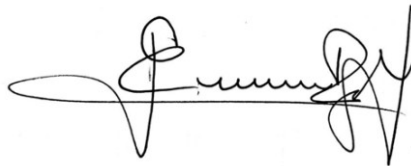
5.5 Así las cosas, en opinión del Tribunal la sentencia consagra las razones que justifican el incremento de 4 años por la multiplicidad de accesos carnales a que sometió el sentenciado a su hija durante un lapso de casi 3 años, que tal como ella misma lo expusiera fueron más de 10 y el incremento de 2 años por la cantidad de actos sexuales de diferente índole a que de manera inmisericorde sometió a su hija este ciudadano. Así las cosas, la pena impuesta resulta proporcional al daño ocasionado que aparece irreparable al escuchar a la víctima.

La decisión será confirmada.

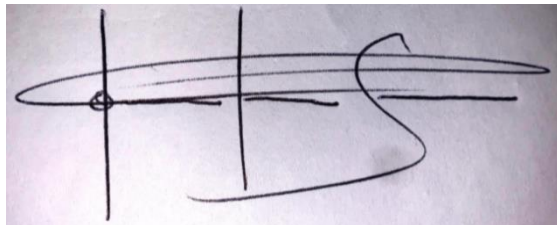
En virtud de lo expuesto, **la Sala Decimotercera de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **CONFIRMA** el fallo de fecha, sentido y origen precisados en esta decisión.

Esta providencia queda notificada en estrados y contra la misma solo procede el recurso de casación. Una vez ejecutoriada, regrese la carpeta al juzgado de origen.

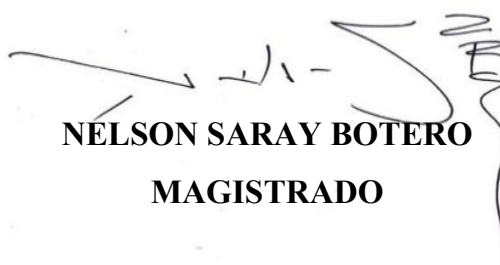
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO



JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO



NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO