

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2.007

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	15693-31-89-001-2012-00015-02
CLASE DE PROCESO:	CAUSA PENAL
PROCEDENCIA:	JUZGADO PROMISCOUO DEL CTO DE SANTA ROSA DE V.
MOTIVO:	APELACION SENTENCIA
ACUSADOS:	XXXXX
DELITO:	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS
DECISIÓN:	CONFIRMAR
APROBACION:	ACTA DE DISCUSIÓN No 014
MAGISTRADO PONENTE:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

**PENAL- ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS-
ALLANAMIENTO A CARGOS - Interés para recurrir- Precedente
Jurisprudencial – RESPONSABILIDAD DE LA ACUSADA-CONCURRENCIA
DE LAS CAUSALES DE AGRAVACIÓN 2 y 5 del artículo 211 del C.P-
TASACIÓN DE LA PENA.**

ALLANAMIENTO A CARGOS Y EL INTERÉS PARA RECURRIR- En cualquiera de los casos, allanamiento a cargos o preacuerdos y negociaciones, el imputado o acusado debe estar asistido y asesorado por el profesional del derecho a cargo de su defensa y es obligación del juez la verificación de que la aceptación de cargos se produzca de manera libre, voluntaria y con la debida asesoría. Si ello es así, controlada la aceptación de cargos en su legalidad, obliga al juez, y por tanto debe dictar sentencia con fundamento en la misma, salvo que excepcionalmente encuentre vulneración a garantías fundamentales, como la de legalidad.

Así, dedujo que el allanamiento estaba revestido de legalidad, por lo que el A quo profirió sentencia condenatoria de acuerdo con las atestaciones de responsabilidad de XXXXXX y XXXXXXXXXXXX, y fundó su fallo en los medios probatorios disponibles.

RESPONSABILIDAD DE LA ACUSADA XXX-La aquí acusada era la madre de la menor afectada y por tanto tenía el deber jurídico de protección y de impedir que se afectara su integridad, formación y libertad sexual, es decir, era titular de una de las posiciones de garantía, la establecida en el numeral 2 del artículo 25 del C.P., que es obligatorio tenerla en cuenta, entre otros, en los delitos contra la libertad y formación sexuales.

“Pero antes que asumir esa posición de garantía y de protección, motivó, incitó e incluso constricto a su hija para que accediera a las pretensiones libidinosas de quien era su compañero, conducta, por supuesto, mucho más reprochable que la simple omisión o descuido. Nada hay que reprochar a la sentencia en este punto”.

CONCURRENCIA DE LAS CAUSALES DE AGRAVACIÓN 2 Y 5 DEL ARTÍCULO 211 DEL C.P.- “En la sentencia, y se dijo por qué, no se tuvo en cuenta la referida causal 2 y ello porque, para el caso, se fundaba en similares hechos que la del numeral 5.(...)”

(...)

“El hecho constitutivo de esta causal, es uno de los que no se pueden controvertir, pues fue aceptado por el acusado XXX, al allanarse a los cargos; pero por lo demás, lo probado, especialmente a través del relato de la víctima es que el pertenecía a la unidad doméstica como compañero sentimental de la señora CAMARGO IBAÑEZ. Así esta causal específica de agravación no puede ser excluida.”

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”
Ley 1128 de 2.007

SALA ÚNICA

RADICACIÓN:	15693-31-89-001-2012-00015-02
CLASE DE PROCESO:	CAUSA PENAL
PROCEDENCIA:	JUZGADO PROMISCOUO DEL CTO DE SANTA ROSA DE V.
MOTIVO:	APELACION SENTENCIA
ACUSADOS:	XXXX y OTRO
DELITO:	ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS
DECISIÓN:	CONFIRMAR
APROBACION:	ACTA DE DISCUSIÓN No 014
MAGISTRADO PONENTE:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, Boyacá, ocho (08) de octubre de dos mil quince (2015).

Hora: 09:00 a.m.

ASUNTO POR DECIDIR:

Los recursos de apelación interpuestos por el Defensor de la acusadaXXXX y por la Defensora de OBDULIO DE LOS ÁNGELES AGUILLÓN en contra de la sentencia del 30 de abril de 2015 proferida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo dentro de la causa de la referencia.

HECHOS:

Se relataron en la sentencia de la siguiente manera:

“El 9 de abril de 2010 la religiosa NELCY MANTILLA MENDOZA, miembro de la congregación “ANCIANOS DESAMPARADOS” con sede en Duitama, acudió con la menor A.R.C.C. a la URI de esa ciudad informando que el día 8 de febrero de

2010 concurren a sus instalaciones los señoresXXXX y OBDULIO DE LOS ÁNGELES AGUILLÓN MONROY, solicitando el ingreso de la mencionada infante para que continuara allí sus estudios. Un mes después, al notar el aislamiento y la tristeza de la menor, SOR NELCY la indagó y ésta llorando, le contestó que el señor que vivía con su mamá, OBDULIO DE LOS ÁNGELES, había destrozado su vida por haberla accedido sexualmente desde los once años, con el consentimiento de su progenitora XXXX”.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1.- Por los anteriores hechos, el 3 de enero de 2012, ante el Juzgado Diecisiete Penal Municipal de Bogotá con Función de Control de Garantías, la Fiscalía 322 Seccional URI de esa ciudad, formuló imputación en contra de la señoraXXXX, por el delito de Acceso Carnal Abusivo con Menor de 14 años, establecido en el artículo 208 del Código Penal, con las circunstancias de agravación punitivas previstas en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 211 del mismo código en concurso homogéneo y con la circunstancia genérica de mayor punibilidad descrita en el inciso 5 del artículo 58 ibídem, y allí mismo se le impuso la medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario (fs. 1 a 15 carpeta).

2.- El 27 de enero de 2012, la Fiscalía Sexta Seccional de Santa Rosa de Viterbo imputó a OBDULIO DE LOS ÁNGELES AGUILLÓN la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, previsto en el artículo 208 del C.P, agravado conforme al artículo 211 de la misma obra, numerales 1, 2, y 5, con la circunstancia de mayor punibilidad descrita en el artículo 58 del C.P. numeral 5. Asimismo, se le impuso medida de aseguramiento en centro de reclusión.

3.- La Audiencia de Formulación de Acusación se llevó a cabo el 14 de marzo de 2012, en el desarrollo de la cual la Fiscalía precisó que la conducta delictiva se realizó varias veces y acusó a XXXX y OBDULIO DE LOS ÁNGELES en calidad de AUTORES del delito antes imputado en concurso homogéneo y sucesivo, previsto en el artículo 208 del C.P. y agravado por los numerales 2 y 5 del 211 de la misma obra, adicionado con las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 5 y 10 del artículo 58 ibídem (fs. 32 a 33 carpeta).

4.- La Audiencia Preparatoria fue celebrada el 1 de noviembre de 2012 y el Juicio Oral se desarrolló en sesiones del 7 de mayo de 2013 y 8 de abril de 2015, en la última de las cuales los acusados, debidamente asesorados por sus Defensas, aceptaron los cargos formulados en su contra.

5.- El 30 de abril de 2015 se profirió por parte del Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Viterbo sentencia condenatoria.

Son sus fundamentos, en síntesis, los siguientes:

5.1.- De acuerdo a la declaración de NELCY MANTILLA MENDOZA, religiosa que denunció el hecho y narró cómo se enteró de lo que le había ocurrido a la víctima; lo dicho por la víctima sobre lo sucedido y sobre la actitud de su progenitora para que se perpetraran los hechos delictivos en su humanidad por parte de su pareja sentimental y el allanamiento a cargos libre y voluntario de parte de los acusados, concluye que los hechos descritos, perpetrados en A.R.C.C., de 11 años de edad para el momento de los sucesos, efectivamente sucedieron entre marzo de 2007 y 8 de febrero de 2010.

5.2.- Además, encuentra que las conductas descritas encajan perfectamente en el tipo penal enrostrado, en primer lugar a OBDULIO DE LOS ÁNGELES, como autor directo, por ser él quien corporal y activamente realizó los supuestos de hecho del tipo penal en comento.

5.3.- Al analizar la conducta de XXXX, también infiere que participó de forma decisiva en la comisión del delito porque, aprovechando su ascendencia con la víctima, le sugería acceder a las pretensiones sexuales del autor directo, incluso, le recomendaba que le pidiera algo a cambio y en algunas ocasiones la castigaba por no acceder a sus pretensiones. Si bien inicialmente le resultó dudosa la aplicación de la figura de "autoría" en su contra, teniendo en cuenta que se considera en cierta forma que el acceso carnal implica la introducción del miembro viril, se despejó esa incertidumbre al analizar el artículo 25 del Código Penal, que aclara que la conducta punible puede ser realizada por acción u omisión, como se dio en éste caso, ya que la acusada tenía la posición de garante sobre la menor víctima, por situación natural y social al ser su propia madre, pero sin importarle

esta condición familiar omitió este deber y no evitó la posesión carnal de la niña, sino más bien ayudó a persuadirla una y otra vez para que accediera fácilmente a las intenciones libidinosas de su compañero.

5.4.- Después de hacer el análisis respectivo sobre la dosificación de la pena a imponer determinó que por la gravedad de punible y ante las secuelas psicológicas vistas en la víctima, el delito es grave, por lo que estableció la pena dentro del cuarto medio, imponiéndoles 238 meses de prisión incrementados en 50 meses más, por el concurso homogéneo y sucesivo, quedando la pena de prisión finalmente en 288 meses, más la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en igual medida. No se hacen rebajas por el allanamiento a cargos, ni la aplicación de subrogados penales, de acuerdo a la Ley 1098 de 2006.

6.- La Impugnación cargo del defensor de XXXX Camargo Ibáñez

El defensor de confianza de XXXX, inconforme con la decisión, presenta y sustenta por escrito el recurso de apelación solicitando se modifique la providencia de primera instancia, en el sentido de condenar a su prohijada en calidad de cómplice y no de autora, para cuyo efecto expone las siguientes razones:

6.1.- Si bien XXXX aceptó libremente los cargos a ella endilgados, el A quo debía examinar y encuadrar la sentencia de acuerdo a la situación fáctica y jurídica, respecto de su participación en el hecho punible, atendiendo al minucioso estudio de los medios de prueba disponibles, por lo que considera desacertado su condena bajo la calidad de autora y no de cómplice.

6.2.- Referencia lo dicho por el maestro Carrara, en cuanto a la doctrina de la Complicidad, y hace un análisis del tipo penal de Acceso Carnal Abusivo, para concluir que la conducta demostrada por los medios probatorios allegados al proceso no determinaron que se diera el verbo rector acceder por parte de XXXX ya que, inclusive se demostró, que nunca estuvo presente en los sucesos criminales perpetrados por parte de OBDULIO DE LOS ÁNGELES, por lo que asegura que con o sin la participación de XXXX el hecho se habría cometido y consumado.

6.3.- Culmina diciendo que, si bien la conducta de su prohijada fue reprochable, no se puede tasar con el mismo rasero que la desplegada por OBDULIO DE LOS ÁNGELES; por lo tanto, se debe adecuar para que responda como cómplice, de acuerdo a lo expresado por la víctima, cuando dijo que su madre le hacía manifestaciones para que accediera a los abusos sexuales perpetrados por el acusado, lo que concuerda con la doctrina que enuncia que cómplice es quien mediante instigación, mandato, consejo, coacción u orden logra que se realice la conducta descrita en un tipo penal.

7. Impugnación formulada por la defensa del acusado OBDULIO DE LOS ÁNGELES AGUILLÓN.

La Defensora de OBDULIO DE LOS ÁNGELES, igualmente interpuso y sustentó por escrito recurso de apelación, basando su inconformidad en la ubicación de la pena a imponer por fuera de los cuartos mínimos, puesto que su defendido carece de antecedentes penales, que es una causal de menor punibilidad; se allanó a los cargos, colaborando con la administración de justicia y, además, es una persona de la tercera edad con quebrantos de salud, lo que haría que la pena se estableciera dentro de este rango.

De igual manera manifiesta que causales de agravación que se tuvieron en cuenta para condenar a su prohijado, es decir, las previstas en los numerales 2 y 5 del artículo 211 del C.P., no debieron incluirse al determinar la pena, ya que, recalca el mismo no tiene parentesco con la víctima, ni ejerce posición de autoridad sobre ella; inclusive, asegura, para la época de los hechos OBDULIO no convivía con la madre de la víctima.

En fin, considera que la dosificación de la pena se debió hacer dentro del cuarto mínimo, es decir, de 144 a 240 meses de prisión, sumándole los 50 meses que les fueron incrementados por el concurso homogéneo y sucesivo; así que el ámbito sería de 24 meses, y los cuartos, a saber, el primer cuarto de 144 a 168 meses, los cuartos medios, de 168 a 216 meses y último cuarto 216 a 240 meses, con lo cual

la pena a imponer sería de 194 meses de prisión, quitando los agravantes que no son aplicables a OBDULIO DE LOS ÁNGELES por no ser adecuados a la situación fáctica del caso.

8. Intervención de la Fiscalía como no recurrente:

Solicita se confirme íntegramente la decisión de primera instancia, por las siguientes razones:

8.1.- Después de hacer un resumen de los hechos y actividad procesal del caso, recalca que los acusados XXXX Y OBDULIO DE LOS ÁNGELES aceptaron los cargos a ellos endilgados, de forma libre, consciente y previamente informados por sus defensas, por lo que no es aceptable que ahora quieran una modificación de los mismos.

8.2.- Asimismo asegura que no es procedente atribuir la calidad de cómplice a la señora XXXX CAMARGO, ya que se aclaró en la sentencia condenatoria como en la misma imputación, se dijo que su autoría obedecía a su omisión, puesto que ella debía impedir el resultado del ilícito por su posición de garante sobre la víctima y, contrario a ello, actuó de manera activa para que se consumara.

8.3.- En cuanto a los reproches de la defensa de OBDULIO DE LOS ÁNGELES frente a causales de agravación que le fueron imputadas al mismo, expresa que se demostró con el testimonio de la víctima que efectivamente los acusados si sostenían una relación sentimental y vivieron juntos en la misma residencia de la menor víctima, por lo que resulta evidente que si es aplicable, además de que se estipuló en el Juicio Oral.

8.4.- En relación con la ubicación de la pena fuera del cuarto mínimo, indica que es lo más acertado, puesto que existen para el caso causales de mayor punibilidad, como las señaladas en el inciso 5 y 10 del artículo 58 del C.P., lo que hace imposible que se haga la dosificación de la pena de otra manera.

9. Intervención del Representante de Víctimas

Manifiesta que a los acusados se les imputó en calidad de autores el punible consagrado en el artículo 208 del C.P., en concurso homogéneo y agravado por los incisos 2 y 5 del artículo 211 y además se les atribuyeron las circunstancias de mayor punibilidad de los numerales 5 y 10 del artículo 58 del Código Penal; y,

Que en el Juicio Oral, después del claro y preciso testimonio de la víctima, los acusados aceptaron de forma voluntaria, libre e informada estos cargos, sin que en ningún momento se modificaran.

Por último indica que la condena en calidad de autora a XXXX obedece a lo estipulado en el artículo 25 del C.P., ya que omitió su deber de cuidado sobre su menor hija, y más bien le indujo a que aceptara y facilitara la consumación de los hechos punibles sobre su humanidad en múltiples ocasiones, por lo tanto solicita se mantenga incólume la providencia de primera instancia.

LA SALA CONSIDERA:

Los recurrentes plantean como problemas específicos: a) La responsabilidad de XXXX debe ser a título de coautora o cómplice; b) Tasación de la pena más benigna para XXXX que para OBDULIO c) Cuarto o cuartos en los que debe ser tasada la pena para cada uno de los acusados. d) Exclusión de las causales de agravación previstas en los numerales 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal, en relación con OBDULIO. Sin embargo, en la medida en que la sentencia se dictó con fundamento en allanamiento a cargos, en primer lugar, debe establecerse si los recurrentes estaban legitimados para cuestionar algunos o todos los puntos referidos.

1.- Sobre el allanamiento a cargos y el interés para recurrir

En la Justicia Premial, que en el actual sistema procesal penal se concreta a través del allanamiento a cargos y de los preacuerdos y negociaciones, el imputado o acusado renuncia a derechos procesales vitales, como el de tener un juicio público oral y concentrado, el derecho a guardar silencio y el derecho de contradicción, este último sobre todo en cuanto a facultad para pedir y controvertir las pruebas que se allegan en su contra, y ello a cambio de importantes

descuentos en las penas, o incluso en el tratamiento en relación con los sustitutos penales. En cualquiera de los casos, allanamiento a cargos o preacuerdos y negociaciones, el imputado o acusado debe estar asistido y asesorado por el profesional del derecho a cargo de su defensa y es obligación del juez la verificación de que la aceptación de cargos se produzca de manera libre, voluntaria y con la debida asesoría. Si ello es así, controlada la aceptación de cargos en su legalidad, obliga al juez, y por tanto debe dictar sentencia con fundamento en la misma, salvo que excepcionalmente encuentre vulneración a garantías fundamentales, como la de legalidad, pues en todo caso se debe partir de la correspondencia entre los hechos imputados y su calificación jurídica, con la excepción de que la variación en los hechos sea el beneficio que se conceda.

Sobre el interés para impugnar en caso de allanamientos y preacuerdos, ha enseñado la Sala Penal de la Honorable la Corte Suprema de Justicia

“Es así como se ha entendido que el interés en impugnar depende de que la decisión sea de algún modo desfavorable a los intereses que se representan, y que se carece de él cuando la determinación no le reporta agravio alguno, o en otras palabras, cuando las pretensiones a que se aspira han encontrado respuesta en el sentido buscado.

“Bajo el anterior contexto, la jurisprudencia ha entendido que el sujeto procesal carece de interés para recurrir en casación cuando la sentencia impugnada satisface integralmente sus pretensiones, bien porque acoge sus peticiones, o porque se dicta el fallo en total correspondencia con los acuerdos que se han realizado dentro de los marcos de la justicia consensuada o paccionada y también en aquellos eventos en los cuales siendo la decisión desfavorable a los intereses que se representan es consentida por el afectado.

“La aceptación de cargos o los aspectos concertados con la Fiscalía -bien que se trate de la imputación, el grado de participación, de culpabilidad o la pena, etc.- se erigen en garantía de seriedad del acto pactado y constituyen expresión del deber de lealtad que debe guiar las actuaciones de quienes intervienen en el proceso penal, y del principio de buena fe (art. 83 Const. Polt.), única manera de que el sistema acusatorio introducido en la ley 906 de 2004 pueda ser operable, lo cual se trastocaría de permitirse que la defensa no obstante haberse aceptado los cargos imputados o la pena pactada, continúe discutiendo su responsabilidad penal o la estimación punitiva acordada, dificultando así el propósito de política criminal que justifica el método de lograr una rápida y eficaz administración de justicia a

través de las especies jurídicas creadas para su concesión. (Énfasis de la Sala)

“El artículo 293 de la ley 906 de 2004, como el artículo 40 de la ley 600 de 2000, en términos similares a como lo hacía el artículo 37 B. 4 del decreto 2700 de 1991, adicionado y modificado por las leyes 81 de 1993 y 365 de 1997, restringe el interés para recurrir del defensor y el procesado los términos de las aceptaciones o acuerdos, a través de lo que se ha denominado principio de irretractabilidad, que implica, precisamente, “la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos”¹.

“El allanamiento o el acuerdo es vinculante para todos los sujetos procesales, incluido el juez, quien debe dictar la sentencia de conformidad con lo aceptado o convenido por las partes, a menos que advierta vicios del consentimiento o desconocimiento de las garantías fundamentales, casos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que la actuación se conduzca por los senderos de la legalidad. (negrilla fuera de texto)

“En los fallos anticipados la situación del procesado no queda de ningún modo expuesta al arbitrio de los funcionarios que en ella intervinieron, ni desprovista de las garantías a las que se compromete y está obligado a respetar el Estado. Por tanto, tratándose de nulidades, es un hecho que el procesado y su defensor tienen interés para recurrir en apelación o extraordinariamente en casación, salvo, claro está, que se utilice este motivo de ataque como pretexto para retractarse de la aceptación de cargos o de lo acordado con la fiscalía.

“En el precedente que se acaba de evocar, la Sala reiteró que: “cuando el proceso abreviado se adelanta con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para buscar su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como se ha dejado visto, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada y la sentencia dictada.”²

En el caso bajo estudio, todos los aspectos en los que versa la impugnación, se corresponden a hechos y cargos que los acusados conocían de antemano, y que, en principio no pueden ser motivo de impugnación, salvo, claro esta, violación a garantías fundamentales o que no existiera la prueba mínima para proferir

¹ Cfr. Auto abril 18 de 2007, radicación 27159.

² Cfr. Auto de 16 de mayo de 2007, radicación 27218.

sentencia de condena. La jurisprudencia ha reiterado que para dictar sentencia en estos casos se requiere constatar:

*“(i) Que el acto de allanamiento o el acuerdo haya sido voluntario, libre, espontáneo y debidamente informado, es decir, que esté exento de vicios esenciales en el consentimiento³, (ii) que no viole derechos fundamentales, y (iii) que exista un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta imputada y su tipicidad”.*⁴

En esa labor de verificación, la Juez de primera instancia, indicó:

“¿acepta los cargos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años?, ¿usted ingiere alguna sustancia o droga que le produzca algún trastorno? Usted en los últimos tiempos ha padecido una enfermedad mental? ¿hace cuánto conoce a su defensor? ¿cree que él le ha explicado suficientemente, le ha aconsejado? ¿entiende que esta aceptación debe ser libre, alguien le está presionando? ¿es consciente de las consecuencias que esta aceptación tiene? ¿usted sabe que tiene derecho a que este juicio continúe y se practiquen las pruebas que le favorezcan? ¿usted sabe que la sentencia será condenatoria ante su aceptación, es decir que permanecerá en la cárcel?” (cd 1 audio 7, min 9: 15, juicio oral).

Todo esto con el fin de confrontar que efectivamente su consentimiento se expresó libre de vicios, que no se les vulneraron sus derechos y que estaban aceptando los mismos hechos y conductas punibles enrostradas en las audiencias de Imputación y Acusación.

Así, dedujo que el allanamiento estaba revestido de legalidad, por lo que el A quo profirió sentencia condenatoria de acuerdo con las atestaciones de responsabilidad de XXXX y OBDULIO DE LOS ÁNGELES, y fundó su fallo en los medios probatorios disponibles como fueron la denuncia, declaración de la religiosa y sobre todo en el testimonio de la víctima que fue contundente al señalar a los acusados como responsables de los hechos delictivos que recayeron sobre su humanidad.

³ En la audiencia de formulación de la imputación, este control lo realiza en principio el Juez de garantías (Cfr. Casación 25248 de 5 de octubre de 2006).

⁴ Sentencia CSJ. Radicado 25108 de 30 de noviembre de 2006 Magistrado Ponente: Mauro Solarte Portilla

No se vislumbra, en manera alguna que en relación con los hechos, la prueba de estos o su calificación jurídica, no correspondan a la realidad probatoria procesal o que exista violación alguna de derechos fundamentales como al de legalidad, pues basta ver los hechos y cargos formulados para ver su correspondencia con la calificación jurídica.

A pesar de lo anterior, lo cual sería suficiente para confirmar la sentencia, pasa la sala a referirse algunos de los cuestionamientos específicos, simplemente para ver como la providencia impugnada trató con precisión de tales aspectos.

2. Sobre la responsabilidad de la acusadaXXXX.

La pretensión de la defensa es que se rebaje la imputación de autoría a la de complicidad y en ese orden se cita, incluso, la antigua teoría Carrariana sobre este instituto.

Resaltamos antigua teoría, porque ciertamente la dogmática ha evolucionado para adecuarse a la complejidad de las sociedades modernas y a las nuevas manifestaciones de la criminalidad. Así fue que aplicando el artículo 25 del C.P., el cual dispone que *“quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal...”*, no es un secreto, la aquí acusada era la madre de la menor afectada y por tanto tenía el deber jurídico de protección y de impedir que se afectara su integridad, formación y libertad sexual, es decir, era titular de una de las posiciones de garantía, la establecida en el numeral 2 del artículo 25 del C.P., que es obligatorio tenerla en cuenta, entre otros, en los delitos contra la libertad y formación sexuales.

Pero antes que asumir esa posición de garantía y de protección, motivó, incitó e incluso constriñó a su hija para que accediera a las pretensiones libidinosas de quien era su compañero, conducta, por supuesto, mucho más reprochable que la simple omisión o descuido.

Nada hay que reprochar a la sentencia en este punto.

3. Concurrencia de las causales de agravación 2 y 5 del artículo 211 del C.P.

En la sentencia, y se dijo por qué, no se tuvo en cuenta la referida causal 2 y ello porque, para el caso, se fundaba en similares hechos que la del numeral 5. Así pues, de hecho se ha excluido la del referido numeral 2

La del numeral 5, que con la modificación introducida por el artículo 30, se describe en los siguientes términos:

“La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre, cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o en algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre”.

El hecho constitutivo de esta causal, es uno de los que no se pueden controvertir, pues fue aceptado por el acusado OBDULIO DE LOS ÁNGELES AGUILLÓN, al allanarse a los cargos; pero por lo demás, lo probado, especialmente a través del relato de la víctima es que el pertenecía a la unidad doméstica como compañero sentimental de la señora CAMARGO IBAÑEZ. Así esta causal específica de agravación no puede ser excluida.

4. Tasación de la Pena

Especialmente la defensa de OBDULIO DE LOS ÁNGELES AGUILLÓN censura la dosificación de la pena, por no haberse realizado dentro del cuarto mínimo y seguramente aplicarse la pena mínima e incluso con imprecisión habla de la no concurrencia de las causales 2 y 5 del artículo 211 del C.P.

Las causales antes dichas no son fundamento para la determinación del cuarto o cuartos en los que debe determinarse la pena, a términos del artículo 61 del C.P., pues de conformidad con esta disposición, lo que ha de tenerse en cuenta son las

causales genéricas de mayor punibilidad contempladas en el artículo 58 de la misma obra.

Fue lo que se hizo en el presente caso, pues, recuérdese, en la acusación a los dos acusados se imputó la causal contemplada en el numeral 10 del referido artículo 58, es decir, "*obrar en coparticipación criminal*", circunstancia que es evidente concurre en el caso en estudio, pues los dos actuaron de consuno para lograr la satisfacción de las apetencias sexuales del acusado AGUILLÓN.

Y dentro de los cuartos medios elegidos que era el que correspondía ante la concurrencia de causales de atenuación, como la carencia de antecedentes, y de mayor punibilidad, como la de obrar en coparticipación criminal, apenas se hizo un incremento a partir del mínimo de cuatro meses, realmente insignificante frente a la gravedad de los hechos.

No hay lugar a hacer diferencia en este caso, en la pena aplicada a la acusadaXXXX en relación con la que se aplicó a OBUDULIO DE LOS ÁNGELES AGUILLÓN, pues el comportamiento de los dos es altamente reprochable es decir, grave, y por este concepto, como ya se dijo el juzgado fue bastante benigno a la hora de dosificar a la pena, al punto que solo realizó un incremento de 4 meses a partir del mínimo de los cuartos medios.

Tampoco en este punto puede ser modificada la sentencia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, LA SALA CUARTA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual podrá ser interpuesto dentro de los cinco (5) días contados a partir de su notificación y sustentado dentro de los treinta (30) días siguientes, al tenor de lo dispuesto en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

La presente decisión se notifica en estrados.

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente

LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada

JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado