El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: ACCESO CARNAL ABUSIVO / DOSIFICACIÓN DE LA PENA / INCREMENTO PUNITIVO POR CONCURSO HOMOGÉNEO / FORMA DE TASAR DICHO INCREMENTO.**

Conforme a los términos del recurso propuesto y en virtud del principio de limitación de la segunda instancia deberá determinar esta Sala si en el caso sub examen existió algún error tasar los incrementos punitivos por concurso de conductas punibles.

El artículo 31 del Código Penal dispone lo siguiente:

“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas…”. (…)

De forma que en primer lugar corresponde al fallador establecer los límites punitivos y cuartos de movilidad de todas y cada una de las conductas concurrentes en el concurso de delitos, y luego individualizar la sanción en concreto para cada punible.

En este orden de ideas, debe recordarse que en el caso concreto solo existió una conducta punible que se incrementó atendiendo el concurso homogéneo del tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, el cual es precisamente el motivo de disenso. (…)

En el caso sub lite, se observa que el a quo atendió esta regla, ya que a los 12 años de prisión que impuso como pena mínima, es decir como base, le podía incrementar hasta otro tanto, esto es hasta 12 años más para un total de 24 años de prisión, no obstante fijo el incremento por concurso de conductas punibles en la mitad del otro tanto que vienen a ser 6 años de prisión adicionales para un total de 18 años.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA PENAL**

**M P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 0295 del veintiuno (21) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, veintidós (22) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 10:30 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 036 2012 01587 01 |
| Acusado  | JCHC |
| Delitos | Concurso homogéneo de accesos carnales abusivos con menor de catorce años  |
| Juzgado de conocimiento  | Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira Risaralda |
| Asunto a decidir  | Recurso de apelación contra sentencia de primera instancia proferida el 2 de septiembre de 2015 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del procesado en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira Risaralda, mediante la cual se condenó al señor JCHC a la pena de 18 años de prisión por el concurso homogéneo de accesos carnales abusivos con menor de catorce años.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 Según el escrito de acusación[[1]](#footnote-1) el supuesto fáctico es el siguiente:

*“En el mes de septiembre de 2011, el ciudadano JCHC accedió carnalmente con su miembro viril y a la fuerza a la adolescente LMTO de 13 años de edad cuando convivían en la residencia ubicada en la manzana 5, Casa 3 del barrio Málaga del municipio de Pereira, hecho que se repitieron en varias oportunidades aprovechando JCHC que hacia parte de la unidad doméstica, pues era hermano del padrastro de la menor y convivía con ellos.*

*El día 29 de mayo de 2015 en la ciudad de Bogotá se llevaron a cabo audiencias preliminares ante el Juzgado 31 Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, donde se impartió legalidad al procedimiento de captura por orden de autoridad judicial, se formuló imputación por los delitos de Acceso Carnal Violento (Art. 205), en Concurso Heterogéneo y Sucesivo con Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años (208) Art. 31 y Agravado, art 211 numeral 5o. Persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor.*

*El Juez declaró legalmente formulada la imputación por la conductas punibles antes descritas, comunicación ante la cual el implicado hizo una manifestación de no aceptación de cargos. Se solicitó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario para el imputado, por considerar la Fiscalía que se reunían los presupuestos del artículo 308 y 310 siguientes del Código de Procedimiento Penal, petición que fue acogida por la judicatura, quedando privado de la libertad en establecimiento carcelario.*

*Así las cosas y en ejercicio de lo preceptuado en el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal y conforme a las reglas propias del juicio y teniendo en cuenta los cargos que se le formularon en la audiencia de imputación al ciudadano JCHC, esta Fiscalía procede a acusarlo como autor material de la conducta punible de Acceso Carnal Violento, art. 205, en Concurso Heterogéneo y Sucesivo con Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años (208) Art. 31 y Agravado, art 211 numeral 5o. Persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor, para que conforme las reglas propias del juicio oral, una vez practicadas y controvertidas las pruebas admitidas y si la teoría del caso de la Fiscalía prevalece, se profiera la sentencia que en derecho corresponda.”*

2.2 El día 29 de mayo de 2015 ante el Juzgado 31 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá D.C., se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento (folios 8 y 9). En dicho acto la FGN le comunicó cargos al señor JCHC por el delito de acceso carnal violento en concurso homogéneo y sucesivo con acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo y sucesivo con actos sexuales con menor de 14 años agravado previstos en los artículos 205, 208, 209 y 211 numeral 5º del CP. El procesado no aceptó los cargos imputados.

2.3 El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira asumió el conocimiento de la causa (folios 10 y 11). El 2 de septiembre de 2015 se instaló la audiencia de formulación de acusación en la cual el encartado se allanó a los cargos de concurso homogéneo de accesos carnales abusivos con menor de 14 años conforme a la modificación de la acusación que hizo el delegado de la FGN que se centró solamente en ese delito (folio 66 vuelto) y se procedió al trámite del artículo 447 del CPP. La sentencia de carácter condenatorio fue proferida en la misma fecha (folios 68 a 71).

2.4 La decisión fue apelada por el defensor (folios 72 a 74).

**3. IDENTIDAD DEL PROCESADO**

Se trata de JCHC, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 4.520.226 de Pereira, Risaralda, nacido el 20 de noviembre de 1984 en la misma ciudad, hijo de María y José, grado de instrucción séptimo, empleado, convive en unión libre con Leidy Giraldo (folios 63 y 64).

**4. SOBRE LA DECISIÓN IMPUGNADA**

4.1 En atención al principio de limitación de la segunda instancia *“tantum devolutum quantum apellatum”,* se menciona solamente la parte específica de la sentencia que fue objeto de impugnación, que tiene que ver con la tasación de la pena impuesta al penado, así:

*“5.3. Dosificación de la pena principal.*

*De conformidad con el artículo 208 del Código Penal, con la modificación de la Ley 1236 de 2008, la pena oscila entre 12 y 20 años de prisión. Los cuartos quedan así:*

*Mínimo de 12 a 14 años*

*Medios de 14 a 18 años*

*Máximo de 18 a 20 años*

*Como no fueron imputadas causales de mayor punibilidad, debe el Juzgado moverse en el cuarto mínimo.*

*El Despacho impondrá la pena mínima (12 años) como quiera que ya el legislador imprimió rigor al baremo. No se avizoran circunstancias que hagan más gravoso el daño y existió una colaboración eficaz que evitará la declaración de la víctima en un juicio. Eso ya es ganancia para la justicia.*

*Ahora, como el artículo 31 del Código Penal establece que el castigo final se obtiene aumentando la mayor pena basta en otro tanto (12+12=24) sin que sobrepase la suma aritmética de las sanciones, con el ánimo de evitar castigos irredimibles, la Judicatura fijará un único aumento del 50% del primer delito para que refleje el castigo de los demás, que, como lo dijo la niña, fueron múltiples y constantes. Luego, la pena quedará en DIECIOCHO (18) AÑOS DE PRISIÓN.”*

**5. SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO**

* 1. Defensor (Recurrente)
* El *a quo* impuso una pena de prisión de 18 años al señor JCHC, por encontrarlo responsable de la conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, conducta tipificada en el Código Penal, artículo 208, hecho que se dio en varias oportunidades.
* Al momento, de tasar la pena el señor Juez partió del mínimo (12 años), al considerar que el penado no presenta antecedentes penales, mostró arrepentimiento de su actuar, y aceptó cargos como una forma de colaborar con la administración de justicia. No obstante al considerar que la conducta se realizó en varias oportunidades, concurso de conductas punibles, Art. 31 del CP, incrementó la pena en un 50%, esto es 6 años, para una pena total de 18 años, monto de la pena por la cual manifestó su inconformidad.
* El *a quo* no tuvo en cuenta las circunstancias de menor punibilidad al momento de tasar el incremento punitivo, como lo era la descrita en el artículo 55 numeral 1º esto es la carencia del acusado antecedentes; que no obraba circunstancia de mayor punibilidad; que aceptó los cargos colaborando con la administración de justicia, evitando así un mayor desgaste, y que su defendido realizó una manifestación de arrepentimiento.
* El juzgador al momento de fijar la sentencia se ubicó en el cuarto mínimo de punibilidad, fijando una pena de 144 meses y un incremento del 50% de ese mínimo, por el concurso de conductas punibles, más no tuvo en cuenta el artículo 61 del Código Penal como fundamento para la individualización de la pena que consagra: *“Efectuado el procedimiento anterior el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos; uno mínimo, dos medios y uno máximo. El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no exista atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva”*
* De modo que el *a quo* debió moverse dentro del cuarto mínimo no solo para fijar la pena mínima, sino también para el incremento por el concurso, lo cual representaría un aumento de 24 meses, para un total de 168 meses de prisión.
* Los cuartos, como ámbito punitivo de movilidad, reducen significativamente la amplia discrecionalidad de que gozaba el fallador en vigencia de códigos anteriores, deben ser aplicados con debido celo a fin de evitar una doble incriminación, pues no es justo que el fallador aparte de la pena mínima que por cierto es muy alta doce años, por el concurso se ubique en el segundo cuarto medio e incremente la pena en 6 años para un total de 18 años.
* Si bien es cierto el juzgador goza de la discrecionalidad para moverse en los cuartos dentro de los que debe determinarse la pena, ella no es absoluta, y en todo caso deberá tener presente las circunstancias de atenuación, pues ellas constituyen factor determinante al momento de imponer sanción al que quebrantó la ley bajo circunstancias diferenciadas, que en todo caso beneficiará a quien actuó con menos rigor y daño y ha dado muestras de arrepentimiento, y sometimiento a la justicia, lo cual debe ser premiado.
* Solicitó que la pena a imponer se tase nuevamente con base en los criterios planteados.

**6. CONSIDERACIONES LEGALES**

**6.1 Competencia**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2 Problema jurídico a resolver**

Conforme a los términos del recurso propuesto y en virtud del principio de limitación de la segunda instancia deberá determinar esta Sala si en el caso sub examen existió algún error tasar los incrementos punitivos por concurso de conductas punibles.

**6.2.1 El artículo 31 del Código Penal dispone lo siguiente:**

*“El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. INC 2. Modificado.L.890/2004, art.1º.En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. (…)”*

En tal sentido, de conformidad con la jurisprudencia pertinente de la SP de la CSJ, se tiene lo siguiente:

 *“La norma transcrita, al ser confrontada con el contenido de los artículos 60 y 61 del mismo Estatuto, y con la postura jurisprudencial de la Sala en lo que tiene que ver con la dosificación de la pena de prisión, tanto para delitos individuales, como en los eventos de concurrencia de comportamientos punibles, permite ver que el incremento punitivo previsto para los casos de concurso de comportamientos punibles, sin distinción de su modalidad, es decir, independientemente de las formas de concurso que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han distinguido y desarrollado (entre ellas, el concurso homogéneo, heterogéneo, simultáneo y sucesivo) se actualiza después de que se ha fijado la pena correspondiente a cada delito individualmente considerado, y se ha definido cuál de ellos contempla la pena más gravosa.*

*Solamente, después de proceder de esa manera, es cuando el sentenciador puede incrementar la pena, según los límites que le fija el aludido artículo 31, y tomar así en consideración todas las modalidades de concurso que se presenten.”[[2]](#footnote-2)*

6.2.2 De forma que en primer lugar corresponde al fallador establecer los límites punitivos y cuartos de movilidad de todas y cada una de las conductas concurrentes en el concurso de delitos, y luego individualizar la sanción en concreto para cada punible.

6.2.3 En este orden de ideas, debe recordarse que en el caso concreto solo existió una conducta punible que se incrementó atendiendo el concurso homogéneo del tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, el cual es precisamente el motivo de disenso.

6.3. En lo relativo al entendimiento que debe darse a la expresión “hasta otro tanto”, que contiene el artículo 31 del CP, en la jurisprudencia puntual de la SP de la CSJ, se ha manifestado lo siguiente:

*“Consecuente con la regulación de dicha normativa, es claro que la dosificación de la sanción penal en el concurso de delitos debe tomar como marco de referencia la pena prevista para la conducta punible más grave, que se podrá incrementar “hasta en otro tanto”, sin que pueda ser superior a la suma aritmética de las penas imponibles para los demás delitos individualmente considerados ni superar el doble de la sanción en concreto de la conducta más grave.*

*Sobre el alcance hermenéutico del artículo 31 del Código Penal, resulta oportuno recordar lo que de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala ha precisado al respecto:*

*“La punibilidad en el concurso de delitos (artículo 26 ídem) parte de la pena para el delito base que no es otro que el más grave desde el punto de vista de la sanción, aspecto éste que no se establece examinando simplemente el factor cuantitativo y cualitativo de los extremos punitivos mínimo y máximo previstos en abstracto en los respectivos tipos penales, sino mediante la individualización concreta de la que ha de aplicarse en cada uno de los delitos en concurso, por el procedimiento referido en los párrafos anteriores. Las penas para las conductas punibles concurrentes se confrontan para optarse por la de mayor intensidad. Es con relación a ésta pena considerada como la más grave, sobre la que opera el incremento ‘hasta en otro tanto’ autorizado por el artículo 26 del Código Penal, con las limitantes que en seguida se señalarán.*

*“El ‘otro tanto’ autorizado como pena en el concurso delictual no se calcula con base en el extremo punitivo mayor previsto en el tipo penal aplicado como delito base, ese ‘tanto’ corresponde a la pena individualizada en el caso particular mediante el procedimiento indicado para el delito más grave. Esta es la sanción que se incrementa habida consideración de las modalidades específicas, gravedad y número de delitos concursantes, sin que pueda exceder el doble, ni resultar superior a la suma aritmética de las que corresponderían si el juzgamiento se realizara separadamente para las distintas infracciones, ni superar los 40 años de prisión de que trata el inciso segundo del artículo 31 de la Ley 599 de 2000.*

*(…)*

*Más recientemente reiteró:*

*“Según la intelección que por lustros ha merecido en la doctrina de la Corte el artículo 26 del Código Penal, es lo cierto que el incremento de la pena por razón del concurso de conductas punibles no podía ser superior en el ‘otro tanto’ a que alude dicho precepto al doble de la pena calculada para el delito base y en dicha medida ese rubro no debería incrementar la sanción privativa de la libertad más allá”.*

*Consecuente con los anteriores delineamientos jurídicos, claro es que en el proceso de dosificación de la pena y frente al concurso de conductas punibles, en acatamiento de las exigencias previstas en el artículo 31 del Código Penal, el juzgador no puede superar el doble de la sanción calculada para el delito más grave, constituido como marco de referencia para la adición de las penas relativas a los ilícitos que concursan con el delito base.”[[3]](#footnote-3)*

6.3.1 En el caso sub lite, se observa que el *a quo* atendió esta regla, ya que a los 12 años de prisión que impuso como pena mínima, es decir como base, le podía incrementar hasta otro tanto, esto es hasta 12 años más para un total de 24 años de prisión, no obstante fijo el incremento por concurso de conductas punibles en la mitad del otro tanto que vienen a ser 6 años de prisión adicionales para un total de 18 años.

6.3.2 Argumentó el recurrente que el fallador no tuvo en cuenta los lineamientos contenidos en el artículo 61 del CP al momento de fijar el incremento de la pena por concurso de conductas punibles toda vez que al establecer el cuarto de movilidad, lo debe conservar tanto para fijar la pena como para los incrementos.

6.3.3 Al respecto, la doctrina expuso lo siguiente respecto de la dosificación de pena en los casos de delitos sexuales:

*“Así mismo, hay mayor intensidad de injusto y de reproche en casos de delitos sexuales cuando la víctima ha tenido alguna relación sentimental con el agresor, o ha existido vínculo de unión marital o matrimonio entre las partes.”[[4]](#footnote-4)*

Y en cita de la sentencia CSJ SP del 23 de septiembre de 2009, radicado 23.508, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca, se dijo:

*“Es más, la verificación de tales circunstancias implica una mayor intensidad del injusto, y por tanto un mayor grado de reproche, en la medida en que hayan surgido especiales deberes de solidaridad o estrechas comunidades de vida entre los implicados”*

6.3.4 Precisamente, al referirse al tema en estudio, el autor Nelson Saray Botero expone en su obra “Dosificación Judicial de la Pena”, lo siguiente:

*“Por lo general, los jueces una vez fijado el delito con mayor pena, incrementan la mitad que corresponde a los otros delitos en concurso, eso sí, sin pasar de la suma simplemente aritmética ni del “hasta otro tanto”; tal puede ser un criterio de razonabilidad y proporcionalidad* (en cita de la sentencia C-916 de 2002 de la Corte Constitucional) *expuesto como premisa implícita, ya comentada, y por lo mismo aceptable en el momento de fijar la pena por el concurso de delitos. El canon 31 del Código Penal no es un fundamento real modificador de los límites punitivos legales.*

*(…)*

*Para la fijación de la pena en el concurso no se puede acudir a los criterios de los artículos 60 y 61 del Código Penal, pues ello sería una vulneración de la ley en tanto y en cuanto tales normas se refieren a la tasación en concreto de la pena para cada delito en particular. La pena por el concurso de delitos tiene una reglamentación especial contenida en el canon 31 de la Ley 599 de 2000 y la motivación debe corresponder a los principios de las sanciones penales del artículo 3º del Código Penal.*

*Tampoco se pueden tener como criterio para la dosificación de pena en concurso de delitos la falta de antecedentes penales y el arraigo del condenado en la sociedad, pues los mismos no están permitidos por la ley.”[[5]](#footnote-5)*

6.4 Por lo tanto la Sala acompaña la dosificación punitiva que tasó el *a quo* toda vez que ninguna omisión al debido proceso u omisión normativa se puede predicar del ejercicio que llevó a cabo. Por demás, los planteamientos del recurrente pretenden que se tengan en cuenta normas no aplicables al incremento de penas por concurso de delitos como lo son los artículos 60 y 61 del CP, así como la falta de antecedentes penales en favor del condenado.

6.5 En este orden de ideas y bajo el entendido que el juez de primer grado motivó su decisión de aplicar un 50% de incremento a la pena base de 12 años de prisión para un total de 18 años, y que los argumentos del recurrente no son de recibo para esta Colegiatura, la Sala considera que se debe respetar el criterio del fallador que consideró proporcional y equitativo imponer tal sanción, máxime si en la sentencia recurrida se dijo que los actos contra la libertad, integridad y formación sexuales de la afectada fueron “múltiples y constantes” (folio 70), lo cual no fue controvertido por el recurrente.

6.6 En atención a las anteriores consideraciones, esta Sala confirmará en su integridad la decisión de primera instancia en la cual se condenó al señor JCHC.

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira el 2 de septiembre de 2015, mediante la cual se condenó al señor JCHC por el concurso homogéneo de accesos carnales abusivos con menor de catorce años a la pena de 18 años de prisión.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Folios 1 al 3. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia. Sentencia 25544 del 11 de marzo de 2009. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso #25304, sentencia del 16 de abril de 2008, MP. Jorge Luis Quintero Milanés y Julio Enrique Socha Salamanca. [↑](#footnote-ref-3)
4. Saray Botero, Nelson, Dosificación Judicial de la Pena. Segunda Edición. Bogotá D.C. Leyer Editores. 2011, p. 242. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ob Cit. Pag. 431. [↑](#footnote-ref-5)