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: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS AGRAVADO Y OTROS / VALORACIÓN PROBATORIA / DEMOSTRACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES / DEFICIENCIAS DE LA FISCALÍA / EN LA CALIFICACIÓN Y SUSTENTACIÓN DE LAS CAUSALES DE AGRAVACIÓN.**

… encuentra la Sala que los reproches realizados por el recurrente al aseverar que los relatos de las víctimas no logran recrear episodios particulares de lo que se supone les hizo el Procesado, y por ende esos dichos son generales e imprecisos, sin ser suficiente para determinar el número de ocasiones en que esos vergonzosos hechos que atentaron contra la libertad e integridad sexual de J.K. y a su hija J.S.H. sucedieron, es algo que se ha quedado sin piso, pues si bien es cierto ellos hablan de espacios temporales que no se compaginan, si es claro que los hechos se presentaron entre finales del 2005 y el mes de mayo del año 2006, lo que implica que sí estaba determinada, aunque fuese de manera precaria, el lapso de tiempo en que lo denunciado ocurrió, lo que implica que la Defensa sí tenía unos hechos jurídicamente relevantes, definidos en cuanto a sus circunstancias temporoespaciales, sobre los cuales erigir su estrategia defensiva. (…)

… para la Sala no existe duda alguna que el Juzgado de primer nivel no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante, y por ende el fallo confutado será confirmado en todo aquello que tiene que ver con el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra, pero se harán una serie de precisiones en lo que atañe con la calificación jurídica dada a muchos de los agravantes específicos de los delitos por los cuales se declaró el compromiso penal del acriminado, los cuales, en opinión de la Colegiatura su ocurrencia en momento alguno fue acreditada por la Fiscalía.

Para los fines arriba mencionados, se empezará por decir, y esto también se señalará como un llamado de atención al Juez de primera instancia, es que la señora Fiscal en la audiencia de acusación se limitó a leer el contenido de, valga la redundancia, el escrito de acusación, sin indicar en momento alguno las razones por las cuáles endilgaba al Procesado cada uno de esos delitos y en especial, el por qué esos reatos se agravaban por las causales allí consignadas y mencionadas. Esta situación irregular se dio con la venia tanto del Juez A quo como del abogado Defensor, quienes en ningún momento hicieron siquiera el intento de pedirle a la Fiscal que fuera clara y concreta en su acusación. Pero lo anterior, se vuelve más reprochable todavía, si se tiene en cuenta que el A quo tuvo en cuenta las causales específicas de agravación punitiva establecidas en el art. 211 del C.P. sin explicar las razones por las cuáles estas circunstancias si se daban en el presente asunto para aumentar las penas.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobado por acta 897 del 03 de octubre de 2019: H: 2:40 p.m.

Pereira, cuatro (04) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:08 a.m.

Procesado: WBL

Delito: Actos sexuales abusivos agravado y otros

Radicación # 66001 60 00 036 2006 01330 01

Procede: Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de sentencia condenatoria.

Tema: Valoración de la prueba y dosificación punitiva

Decisión: Modifica fallo confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a desatar el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el 31 de agosto de 2015, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado **WBL**, por incurrir en la presunta comisión del reato de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo sucesivo, en concurso heterogéneo sucesivo con los delitos de acto sexual violento y actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

**ANTECEDENTES:**

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se dice que los hechos tuvieron ocurrencia en una vivienda ubicada en la vereda Montelargo del municipio de Pereira, en donde los entonces menores J.K.S.H. y J.S.H convivían con su grupo familiar; señalaron estos dos jóvenes, que para esa época, entre los años 2005 y 2006, su tío WBL, realizó en contra de ellos distintas acciones de carácter erótico-sexual.

Cuenta la joven J.S.H. que los abusos por parte de WBL, el tío de sus hermanos mayores, comenzó cuando ella iba a cumplir 8 años, esto es el año 2005, y se dieron en un lapso de un año. Las acciones libidinosas del Procesado sobre Ella, consistían en acariciarle los senos, la vagina, en algunas ocasiones usando para ello su pene; también hacía que ella le tocara a él el órgano viril. Estas situaciones se presentaban generalmente en horas de la noche, cuando Ella estaba acostada, aunque narra que también se presentaban durante el día, en especial cuando Ella llegaba de la escuela. Para ejecutar estas acciones y a fin de que guardara silencio, narra que la amenazaba con una navaja roja, la cual dejaba a su vista para atemorizarla. Además de eso, relató que en una oportunidad la llevó a ella y a su hermanito J.K.S.H. a una habitación y pretendía que ellos dos tuvieran relaciones sexuales frente a él, para lo cual obligaba al niño a tocarla, pero ante la negativa de ambos menores de hacer tales abominaciones, optó por realizar tocamientos libidinosos en los genitales de ella delante del otro menor. Por último afirmó que ese hombre la obligaba a ver revistas de contenido pornográfico.

Por su parte, J.K.S.H. quien para la época de los hechos contaba con 10 años de edad, y es sordomudo, contó que su tío WBL lo sodomizó en varias oportunidades, que le tocaba los genitales y tocaba los de su hermanita J.S. delante suyo, además de que lo obligaba a ver películas pornográficas. Narró el joven que para accederlo carnalmente *contra natura* y tocarlo, en muchas oportunidades lo golpeaba o lo amenazaba con un cuchillo, aprovechándose además de su condición de sordomudo.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Luego que la Fiscalía recopiló una serie de elementos materiales probatorios (*emp),* el 21 de mayo de 2013, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal ,con funciones de Control de Garantías de Pereira, le imputó cargos al entonces indiciado WBL de la siguiente manera:

* Respecto de S.J.H., se le endilgaron los delitos de acto sexual abusivo agravado (art. 209 y 211 numeral 2º del C.P.) en concurso homogéneo sucesivo; acto sexual violento agravado en concurso homogéneo sucesivo (art. 206, 211 numerales 2º y 4º del C.P.); y pornografía con menores en concurso homogéneo sucesivo (art. 218 incisos 1º y 2º del C.P.), todas las conductas con circunstancias de mayor punibilidad según lo establecido en los numerales 5 y 7 del art. 58 del C.P.
* En cuanto a J.K.S.H. se le imputaron cargos por acceso carnal abusivo agravado en concurso homogéneo sucesivo (art. 208, 211 numeral 2º del C.P.); acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo sucesivo (art. 205, 211 numerales 2º y 4º del C.P.); acto sexual abusivo agravado en concurso homogéneo sucesivo (art. 209, 211 numeral 2º del C.P.); y pornografía con menores en concurso homogéneo sucesivo (art. 218 incisos 1º y 2º del C.P.), todas ellas con las circunstancias de mayor punibilidad descritas en los numerales 5º y 7º del C.P.

El procesado no aceptó ninguno de estos cargos que se le endilgaron. Tampoco se le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento, debido a que el Ente Acusador no presentó petición alguna en tal sentido.

1. El escrito de acusación data del 21 de agosto de 2013, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 17 de marzo de 2014 se realizó la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía ratificó los cargos que le endilgó en la imputación a WBL.
2. Después de varios aplazamientos la audiencia preparatoria se llevó a cabo día 1º de agosto de 2014, mientras que la audiencia de juicio oral tuvo lugar en sesiones celebradas el 11 y 12 de mayo y el 1º de junio de 2015. Agotada las fases del debate probatorio y de las alegaciones, se anunció el sentido del fallo el que resultó ser de carácter condenatorio, por lo que se ordenó captura del Procesado, la cual se hizo efectiva de forma inmediata. Posteriormente en las calendas del 31 de agosto de 2015 se dictó el fallo condenatorio, en contra del cual se alzó de manera oportuna la Defensa, quien posteriormente sustentó por escrito el recurso de apelación.
3. Al llegar el proceso a la 2ª instancia, en las calendas del 22 de septiembre de 2.015, por reparto su conocimiento le fue asignado al H.M. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ, quien se declaró impedido por auto del 27 de enero de 2.016, en atención a que sostenía estrechos vínculos de amistad con la Dra. FABIOLA LUCERO DIAGO, la cual para ese entonces fungía como Fiscal Delegada.
4. Dicha declaratoria de impedimento fue aceptada como válida mediante auto del 4 de febrero de 2.016, razón por la cual el conocimiento del proceso le correspondió al Despacho # 1 de la Sala de Decisión Penal de esta Corporación.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Se trata de la sentencia proferida por Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira en las calendas del 31 de agosto de 2015, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado WBL, por incurrir en la presunta comisión los delitos de acto sexual abusivo agravado en concurso; acto sexual violento agravado en concurso (art. 206, 211 numerales 2º y 4º del C.P.), de que fuera víctima la joven J.S.H., quien para la época de los hechos era menor de edad. Igualmente se le condenó por los delitos de acceso carnal abusivo agravado en concurso con acceso carnal violento agravado, y acto sexual abusivo agravado en concurso, de los que fuera víctima el joven J.K.S.H.

Como consecuencia de la aludida declaratoria de responsabilidad criminal, el procesado WBL fue condenado a purgar una pena de 450 meses de prisión. De igual forma en dicho fallo al Procesado de marras se le negó el disfrute de subrogados y sustitutos penales, por no cumplirse con los requisitos legales para la concesión de los mismos.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgador de primer nivel para poder proferir un fallo de condena en contra del procesado WBL, se fundamentaron en establecer que en el presente asunto lo medios de conocimiento allegados al proceso cumplían con los requisitos necesarios para poder proferir una sentencia condenatoria.

Para poder llegar a la anterior conclusión, el Juzgado *A quo* decidió concederle un total y absoluto grado de credibilidad a la especial solvencia probatoria que manaba de los testimonios rendidos por los dos agraviados, los cuales consideró como claros, completos, armónicos, elocuentes y contundentes para acreditar las modalidades y multiplicidad de vejámenes y atropellos a que fueron sometidos por el Procesado.

De igual forma, en la sentencia confutada se expuso que para el caso de J.K. era claro que WBL se aprovechaba de la condición de sordomudo de aquel, quien para la época de los hechos no podía darse a entender pues no conocía el lenguaje de señas y tampoco sabía escribir.

En cuanto a la utilización de amenazas por parte del encartado, indicó el Juzgador de primer nivel, que estas se dieron principalmente en contra de J.S.H, a quien si bien es cierto él no esgrimió un arma blanca contra ella, sí exhibió en muchas ocasiones, tal como la misma víctima lo reveló, una navaja roja, con varios servicios, la cual dejaba a su alcance, en donde la entonces menor la pudiera ver, al comenzar a desplegar sus agresiones sexuales en su contra.

Reprochó el *A quo* la parsimonia de la FGN en el manejo y el impulso que se dio a la investigación de los hechos denunciados, los que fueron puestos en su conocimiento en el mes de mayo de 2006 y por los cuales solo se vino a presentar la imputación el 21 de mayo de 2013, esto es 7 años después; lentitud que también fue objeto de reproche por parte de la Defensa, por cuanto es claro que esa inactividad del Ente Acusador jugó en su contra, pues fue en ese interregno que el joven J.K. logró capacitarse y aprender lenguaje de señas, lo que permitió contar con su testimonio en el juicio.

Finalmente, en el fallo confutado se rechazó la tesis propuesta por la Defensa, quien planteó la existencia de divergencias en las declaraciones de las víctimas, sin llegar a concretar en qué consistían las mismas; igualmente, tampoco fue de recibo lo dicho en cuanto a que el encartado no vivía en la misma casa de los menores para la época en que ellos denuncian sucedieron las cosas, puesto que se logró dejar claro que el señor WBL sí tenía fácil y frecuente acceso a la casa en que J.K. y J.S.H residían, y donde por lo general se encontraban solos, ya que sus hermanos mayores no permanecían allí y su madre debía salir a trabajar.

En lo que atañe con la tasación de la pena de 450 meses de prisión, el Juzgado de primer nivel aplicó los siguientes baremos:

* Tomó como delito de mayor gravedad al de acceso carnal violento agravado, del cual partió del primer cuarto de punibilidad, para luego dosificar la pena en 220 meses, a la que le incrementó 80 meses por el concurso homogéneo sucesivo, para de esa forma arrojar una pena de 300 meses de prisión.
* Por el delito de acto sexual violento agravado, partió del primer cuarto de punibilidad, y por ser un reato acompañante, en lo que tenía que ver con el hasta otro tanto, lo tasó en 40 meses.
* Respecto del delito de acceso carnal abusivo agravado con menor de 14 años, también partió del primer cuarto de punibilidad, y por ser un reato acompañante, en lo que tenía que ver con el hasta otro tanto, lo tasó en 60 meses.

**LA APELACIÓN:**

En su alzada el recurrente discrepa de las determinaciones tomadas por el fallador de primer nivel, por dos cosas concretamente, la primera la valoración de la prueba, la cual a su juicio fue deficiente, y la segunda es la tasación de la pena, pues le parece que la misma fue excesiva e irrespetuosa de lo establecido en el art. 31 del C.P.

En punto de su primera tesis divergente señaló que dentro del proceso no quedó claro cómo era posible que WBL sometiera a los dos infantes a los vejámenes por ellos narrados sin que ningún otro miembro de la familia se enterara, si el lugar en donde supuestamente ocurrían estos hechos era una casa de dos habitaciones, una contigua a la otra, en las que dormían todos los miembros de la familia.

Además, considera que la credibilidad de lo atestado por las víctimas quedó en entredicho, si se tiene en cuenta que en ningún momento hablan de situaciones particulares, sino que se refieren a los hechos de manera general, sin lograr describir con precisión, aunque sea uno de esos episodios, refiriendo el contexto en que se presentó el mismo; tampoco se sabe con claridad cuántas veces sucedieron esas cosas, pues ellos no logran concretar la cantidad de eventos o las fechas más o menos precisas de los mismos.

Si fuera cierto que las cosas denunciadas sucedieron, escapa de toda lógica que esos hechos pudieran darse de forma repetitiva y reiterada como lo señalaron los declarantes, pues uno solo de esos ataques debió bastar para que ambos niños se negaran a pernoctar nuevamente en la misma habitación que el agresor. Además, debe considerarse que aunque J.K. sea sordomudo, y para la época de los hechos no pudiera darse a entender por no conocer el lenguaje de señas ni saber escribir, bien pudo realizar sonidos rudimentarios guturales o con objetos a su alrededor para alertar a los demás miembros de la familia, cuando supuestamente era accedido carnalmente por el Procesado.

En cuanto a su segundo reproche, considera que la pena impuesta a WBL es exagerada y desconoce los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, ya que desde el momento de escoger la pena base se hizo partiendo del monto máximo del cuarto mínimo señalado para el acceso carnal violento, desconociendo con ello lo establecido en el art. 60 del C.P.; de igual forma, se evidencian aumentos exagerados en los otros tantos por el concurso de conductas punibles, argumentando para ello la “prolongada reiteración” de los hechos, sin considerar que en ningún momento se logró demostrar en cuántas ocasiones sucedieron esas cosas.

Con base en lo anterior, el recurrente de manera principal solicitó la revocatoria del fallo opugnado y la consecuencia absolución del procesado WBL de los cargos por los cuales fue llamado a juicio, y subsidiariamente que se readecuaran el monto de las penas impuestas en su contra.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal con categoría de Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del numeral 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades sustanciales que de una u otra forma hayan viciado de nulidad la actuación procesal.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos puestos a consideración de esta Colegiatura tanto por parte del recurrente como de los no apelantes, considera la Sala que de los mismos se desprenden el siguiente problema jurídico:

*¿*Se presentó una indebida valoración de la prueba por parte del fallador de primer nivel, lo que lo llevó a declarar la responsabilidad penal del procesado WBL, a pesar de que dentro del juicio no logró acreditarse en cuántas ocasiones sucedieron los hechos que se le endilgan al encausado y mucho menos las fechas por lo menos aproximadas en que se presentaron los mismos?

¿Fue desproporcionada la tasación de la pena que hiciera el A-quo al momento de establecer la pena a imponer dado el fallo condenatorio emitido en contra del señor WBL?

**- Solución:**

**1) Los yerros de valoración probatoria.**

Antes de dar solución al primer problema que se nos ha planteado, quiere esta Sala de Decisión indicar que en el presente asunto el actuar de la Fiscalía, tanto en la etapa de investigación como en la de juzgamiento, en realidad debe ser considerada como deficiente, pues no se explica esta Colegiatura cómo es que un asunto que fue dado a conocer por la madre de los menores afectados en el mes de mayo del año 2006 vino a ser presentado ante la Judicatura el 21 de mayo del año 2013, esto es siete años después, a pesar de que las víctimas eran dos menores de edad y uno de ellos con una discapacidad fonoauditiva; situaciones estas que a todas luces exigían de parte del Ente Acusador mayor celeridad y la adopción de medidas urgentes en sus labores, tanto para resarcir los derechos de las víctimas de los hechos denunciados, como para proteger a la comunidad en general del presunto actuar delincuencial endilgado en contra del denunciado.

Aunado a lo anterior, es necesario resaltar que ese lapso transcurrido entre la interposición de la denuncia y la imputación al encartado, se hace más grave, si se tiene en cuenta que no se avizoró durante el juicio oral el trabajo investigativo desplegado por la Fiscalía durante esos largos siete años, pues las únicas pruebas arrimadas al proceso fueron los testimonios de las dos supuestas víctimas, quienes para el momento del juicio oral ya eran mayores de edad, el de la madre de estos, y el expediente del seguimiento psicológico llevado en el ICBF a la entonces menor J.S.H., lo que implicó que brillaran por su ausencia las pruebas de los peritos tanto en psicología como en medicina forense; igualmente, esa pobre labor investigativa se ve reflejada en la ausencia de los testimonios de otras personas que convivían con los denunciantes y el denunciado en la misma vivienda para la época en que se dice sucedieron los hechos.

En ese orden de cosas, a fin de establecer si en el presente asunto se acreditaron o no todos los hechos jurídicamente relevantes que se le endilgaron al procesado WBL en la abultada acusación presentada por la señora Fiscal Delegada dentro del presente asunto, se hace necesario analizar los testimonios de las víctimas, ya que son estos los que en realidad pueden brindar información acerca de lo ocurrido entre ellos y el Procesado.

De tal suerte de lo atestado por J.S.H. se extrae que:

* WBL llegó a vivir con su familia en la vereda Montelargo cuando ella tenía 7 años y se fue de ese lugar cuando iba a cumplir los 8 años. Él llegó a esa vivienda porque estaba trabajando en la misma finca en donde trabajaba su papá.
* La familia estaba conformada por los tres hermanos mayores, incluyendo a su hermano no oyente, su madre, su padre y una hermanita menor.

* La casa en donde vivían en ese entonces constaba de dos habitaciones que eran contiguas y tenían una ventana que las comunicaba, en una dormían los tres hermanos hombres y WBL, en la otra dormían ella, sus padres y su hermana menor; además la casa tenía una cocina al lado de esta última habitación y un baño.
* J.S.H. afirma que durante todo el tiempo que WBL estuvo viviendo allá en la casa de la vereda Montelargo la sometió a distintos vejámenes sexuales, como fueron el tocarle los genitales y practicarle sexo oral, igualmente la obligaba a que ella le tocara el pene y la acariciaba con su hasta viril.
* A pesar de afirmar que los actos lujuriosos en su contra se dieron en múltiples ocasiones, solo logra narrar tres episodios en los que recuerda el lugar donde se presentaron y en dos de ellos consigue establecer el día de la semana en que ocurrieron, siendo estos: i) un domingo en que se encontraban cerca al colegio de la vereda en compañía de la esposa de él y la hermana de esta, a quienes envió a comprar algo, para aprovechar y llevarla a ella detrás de los muros de la institución para levantarle el vestido que llevaba puesto y proceder a realizarle tocamientos de tipo libidinoso en sus genitales[[1]](#footnote-1); ii) un día, que no recuerda cuál era, el Procesado a la fuerza la jaló y la llevó detrás de un muro que estaba cerca a la casa, por donde había una especie de desagüe, y allí le practicó un *cunnilingus*[[2]](#footnote-2); y iii) la última vez que él le hizo algo, fue un domingo cuando sus padres se fueron para Pereira a mercar y los dos hermanos mayores no estaban y ella se quedó sola con J.K., en esa oportunidad, dice, que WBL quería obligarla a ella y a su hermanito para que se tocaran y tuvieran relaciones pero como ellos no aceptaron hacer eso, fue él quien procedió a realizarle tocamientos lascivos a ella[[3]](#footnote-3).
* Aunque su hermano J.K.S.H. le contó que WBL lo tocaba por las noches cuando todos estaban durmiendo y que lo había sodomizado, ella únicamente presenció una ocasión en que WBL tocaba a su hermanito, lo que vio por la ventana que comunicaba los dos cuartos de la casa (H: 00:41:22).
* A fin de que se dejara tocar y no contara nada de lo que le hacía, WBL la intimidaba poniendo donde ella pudiera ver una navaja roja multiusos que siempre llevaba con él, misma arma con la que también amedrentaba a J.K. (H: 00:43:29)[[4]](#footnote-4).
* Antes de que su madre se enterara de lo que WBL le hacía a ella y a su hermano J.K., ella le contó a CAMILO uno de sus hermanos mayores, que WBL la tocaba (H: 00:39:55).
* Aunque dice que las ofensas sexuales a las que era sometida por parte del Procesado se dieron en muchas ocasiones, indicó que dentro de la vivienda ello solo se dio una vez[[5]](#footnote-5).
* La mamá se enteró de lo que WBL les hacía el domingo después de que llegó de mercar en Pereira, y fue porque J.K. empezó mediante gestos y señas a contarle, razón por la cual ella también habló ante las preguntas de su progenitora[[6]](#footnote-6).
* A pesar de que ya le habían contado a la mamá lo sucedido, WBL siguió viviendo con ellos unos meses más, pero ya no les hacía nada.
* J.S.H., afirma que WBL también cometía abusos con otra menor de nombre LEIDY, niña que es la hija de quien para esa época era el mayordomo de la finca donde vivían, y cuyos papás se enteraron de esas cosas después de los suyos, y fue por eso que lo sacaron de esa finca.

En cuanto al testimonio del joven J.K.S.H., se tiene como relevante para el proceso que:

* WBL en el año 2004 empezó a mostrarle revistas pornográficas, después a medida que él fue creciendo comenzó a tocarlo, a pedirle que le tocara el pene, a obligarlo a practicarle sexo oral hasta que finalmente lo accedió sexualmente *contra natura*, penetrándolo un poco[[7]](#footnote-7).
* Indicó que WBL en las noches iba y lo despertaba, le manoseaba el pene y luego hacía que él le tocara el suyo, algunas veces lo obligaba a que le practicara sexo oral[[8]](#footnote-8).
* Recuerda que un día después de jugar con unos primos y otros amigos, ellos iban por un camino hacía la casa, entonces WBL lo llevó para un lado, donde habían unos árboles y estando allí le hizo bajarse los pantalones, y aunque él no quería, lo cogía duro para que se dejara tocar (H: 00:15:28).
* En otra ocasión, como dormían en la misma habitación, junto con los otros dos hermanos, pero cada uno en su cama, el Procesado se pasó para su cama y debajo de las cobijas lo tocaba y hacía que él también le tocara los genitales, luego cuando terminó de hacer eso, se fue nuevamente para su cama (H:00:49:21).
* Un día que estaban J.S.H. y él, WBL les dijo que jugaran al juego de la botella, entonces el que perdía tenía que hacer cosas, pero era WBL quien mandaba el juego y por eso él decidía qué cosas ellos debían realizar, como por ejemplo tocarlo (H:00:33:32)
* Como era un niño cuando sucedieron las cosas, dice J.K. que él no entendía que eso estaba mal, por eso al principio no se oponía a que su tío le hiciera esas cosas, pero después ya no le gustaba lo que le hacía y aunque le dijera que no, WBL lo apretaba duro para que se dejará tocar y lo halaba del brazo para llevarlo a su lado (H: 00:39:34).
* Para que accediera a sus demandas libidinosas, WBL en algunas ocasiones le ofrecía dulces, como bombones, en otros momentos cuando él no quería hacerle nada, lo tomaba fuerte de los brazos y lo obligaba a tocarle el pene, además siempre le decía que lo que pasaba entre ellos era un secreto y por lo tanto no debía contarle a nadie (H: 00:20:17); pero a él nunca lo amenazó con armas, pero su hermanita J.S.H. si le contó que a ella la amenazaba con una navaja, pero él nunca vio dicho elemento (H: 00:21:33).
* J.K. solo vio en una ocasión que WBL le realizaba tocamientos a su hermanita J.S.H. en esa oportunidad estaban los tres solos ahí en la casa, ese día jugaron el juego de la botella y fue por eso que presenció como el Procesado le realizaba tocamientos libidinosos a ella[[9]](#footnote-9).
* En una oportunidad él le contó a su tía lo que WBL le hacía, pero este se dio cuenta y le dijo a ella que eso eran mentiras (H: 00:20:45).
* La mamá se enteró de lo sucedido un día que llegó de sorpresa y vio por la ventana del cuarto que él y WBL estaban solos, entonces ahí empezó a sospechar, y luego le preguntó qué sucedía y él usando algunas señas y gestos, le contó las cosas que WBL le hacía tanto a él como a J.S.H.; ya después vio que su familia hablaba con WBL, pero como es sordo no sabe que decían, pero si observo como luego de esa charla él empacó sus cosas y se fue (H: 00:45:38).
* Finalmente hizo saber que jamás lo llevaron al médico para que lo atendieran o lo revisaran por las cosas que WBL le había hecho.

En este punto, es necesario decir que al momento de apreciar los anteriores testimonios no se puede perder de vista que para la fecha en que las víctimas declararon ya eran mayores de edad, pues había transcurrido casi una década desde el momento de la interposición de la denuncia al día del juicio oral, situación que pudo incidir en la fluidez de sus atestaciones y también en que por el paso del tiempo olvidaran algunos detalles. De tal suerte, al confrontar ambos testimonios se puede concluir que:

* A pesar de que ambas víctimas dicen que fueron sometidas en múltiples ocasiones a vejámenes sexuales por parte de WBL, solo logran narrar de forma clara tres ocasiones en que estas cosas sucedieron, indicando cada uno oportunidades en las que de forma individual se encontraron a solas con el Procesado y él practicó algún tipo de acto sexual con ellos, y una ocasión en que estuvieron los tres juntos.
* Tanto J.K. como J.S.H. presenciaron una ocasión en que WBL le realizaba al otro, tocamientos libidinosos.
* Aunque J.K. no pudo establecer qué día o días de la semana era en los que el Procesado abusaba de él, si logra dar a entender que estas cosas sucedían en días que tenían libres, pues generalmente eran ocasiones en que el encartado tenía tiempo para jugar con ellos y otros niños, lo que compaginado a lo narrado por su hermana respecto a las ocasiones que ella recuerda que el encartado le hacía los tocamientos, esto es el día domingo, nos indica que los hechos narrados se daban los fines de semana.
* WBL, usó la pornografía para incentivar el temprano despertar sexual de ambos menores víctimas, en especial de J.K., para de esa manera lograr que ellos accedieran a satisfacer su lujuria.
* Para lograr su cometido, el Procesado intimidaba a sus víctimas, para ello, en algunas ocasiones echaba mano de una especie de tortura psicológica, para lo cual ponía a la vista de la niña una navaja y le decía al niño que lo que ellos hacían era un secreto y si contaba algo lo tildaría de mentiroso. En otros momentos, cuando ellos no querían hacer lo que él les decía, los halaba de las manos con fuerza bien fuera para que lo tocaran o para que se dejaran acariciar de él.
* Ambos menores en una oportunidad le dieron a conocer lo que les estaba sucediendo con WBL a otro miembro de su familia.
* La última vez que ambas víctimas fueron sometidas por el Procesado a satisfacer sus apetitos lujuriosos, fue el domingo en que él pretendía que J.K. realizara diferentes actos sexuales con J.S.H. mientras él los observaba, mismo día en que finalmente la madre de los menores se enteró de lo que les venía sucediendo con WBL.
* La habitación en donde pernoctaba WBL en la vivienda de los denunciantes la compartía también con los hermanos mayores de estos, quienes son sus sobrinos, y en ella también dormía una de las víctimas.
* A pesar de que J.K. señala que el encartado lo accedió vía anal, esta situación nunca fue corroborada mediante valoraciones psicológicas o médicas, y respecto de ello él no ofrece mayores detalles.
* Los declarantes no son contestes al momento de señalar cuándo empezó el Procesado a abusar de ellos, sin embargo sí tiene claro que estas cosas terminaron una vez su madre se enteró de lo sucedido, de tal suerte, y al no ser posible establecer con exactitud las fechas de los hechos, se puede indicar, como lo hizo la FGN en su acusación, que estos hechos se presentaron entre el segundo semestre del año 2005 y el mes de mayo del año 2006, fecha en que se impetró la denuncia.

Ahora bien, en cuanto a los otros dos testimonios ofrecidos en el juicio oral, esto es el la Sra. MARÍA MELIDA SUAREZ, la madre de los menores y el de mismo Procesado quien renunció a su derecho a guardar silencio, es necesario señalar que no es mucho lo que aportan pues la progenitora de los niños víctimas jamás presenció ninguno de los hechos por ellos narrados, y WBL por su parte negó en todo momento haber cometidos tales atrocidades. Pero a pesar de eso, es necesario traerlos a colación, es por eso que de ellos se tiene que:

* WBL legalmente es el tío de los hijos mayores de la señora MARÍA MELIDA SUAREZ, sin embargo como nunca han tenido certeza respecto a la paternidad de J.K., este jamás fue reconocido por su padre, y por ende él no lo considera como su sobrino.
* La casa en donde se presentaron los hechos está ubicada en la finca la Estancia de la vereda Montelargo del municipio de Pereira; allí vivía la señora MELIDA, con su esposo el señor ÁLVARO y sus 4 hijos; el Procesado se quedaba allí ocasionalmente porque consiguió trabajo por ahí cerca.
* MARÍA MELIDA SUAREZ se enteró de lo que le sucedía a su hijo J.K. y a su hija J.S.H. con WBL, un domingo en que llegó de Pereira y estos, en especial el niño, le contaron lo sucedido y las cosas que él les hacía.
* A pesar de ya saber de las vejaciones sexuales a las que WBL sometía a sus hijos, tanto la señora MARÍA MELIDA como su esposo el señor ÁLVARO decidieron esperar el actuar de las autoridades una vez interpusieron la denuncia, y permitieron que el agresor continuara pernoctando en la vivienda y compartiendo con los menores, por espacio de más o menos, tres meses más.
* De acuerdo a lo dicho por la señora MARÍA MELIDA, el Procesado salió de la finca *La Estancia*, porque el mayordomo de esta lo echó, prácticamente a los golpes, al enterarse por una nota encontrada en la sudadera de su menor hija de nombre LEIDY, de la que se avizoraba que este sujeto al parecer también la sometía a ella a tocamientos libidinosos como los que le hacía a J.K. y a J.S.H.

Con todo lo dicho hasta el momento, encuentra la Sala que los reproches realizados por el recurrente al aseverar que los relatos de las víctimas no logran recrear episodios particulares de lo que se supone les hizo el Procesado, y por ende esos dichos son generales e imprecisos, sin ser suficiente para determinar el número de ocasiones en que esos vergonzosos hechos que atentaron contra la libertad e integridad sexual de J.K. y a su hija J.S.H. sucedieron, es algo que se ha quedado sin piso, pues si bien es cierto ellos hablan de espacios temporales que no se compaginan, si es claro que los hechos se presentaron entre finales del 2005 y el mes de mayo del año 2006, lo que implica que sí estaba determinada, aunque fuese de manera precaria, el lapso de tiempo en que lo denunciado ocurrió, lo que implica que la Defensa sí tenía unos hechos jurídicamente relevantes, definidos en cuanto a sus circunstancias temporoespaciales, sobre los cuales erigir su estrategia defensiva.

De esa manera, aunque ni el Ente Fiscal ni la Defensa logran dar a conocer la época exacta en que el señor WBL convivió con los menores J.K.S.H. y J.S.H., en la casa de la vereda Monte largo, y si habitaba en dicho inmueble de manera diaria o unos días sí y otros no, si es viable tomar como válido, a partir de la propia declaración del Procesado, que en dicha vivienda se quedaba por lo menos los fines de semana, lo que es congruente con las declaraciones de la joven J.S.H. quien indicó que dos de los episodios que recuerda, sucedieron en días domingo; y es que al parecer, de acuerdo a lo atestado por la señora MARÍA MELIDA SUAREZ, eran estos días cuando más solas estaban las víctimas, por cuanto ella y su cónyuge aprovechaban los fines de semana para salir a la ciudad de Pereira a realizar las compras para la semana y los hijos mayores se iban para donde la abuela materna que vivía por ahí cerca, lo que deja entrever que el encartado sí tenía la oportunidad de quedarse a solas con los infantes y manipularlos sexualmente (indicio de oportunidad para delinquir).

Por otra parte, tal como se insinuó atrás, aunque no es posible afirmar de manera fehaciente que los hechos narrados por las víctimas se presentaban todos los días durante el lapso que convivieron en la vereda Monte largo con el encausado, si es viable indicar que esos episodios se presentaron en tres ocasiones con J.S.H y en cuatro oportunidades con J.K.S.H. cuyos relatos de esos momentos merecen credibilidad, pues los mismos son lógicos y coherentes, narran detalles del escenario en que se presentaron los abusos y de cómo era que el encartado lograba no solo que ellos no se opusieran a sus demandas sexuales sino que además no contaran nada de lo que él les hacía. Aunado a lo anterior, no se puede ignorar que al momento de brindar sus testimonios tanto J.S.H como su hermano J.K. a pesar de ser ya adultos y comprender la magnitud de lo que les hizo WBL, no se mostraron invadidos de sentimientos de odio y rabia hacía él, y más bien lo que se lograba apreciar en ellos era tristeza y dolor por lo sucedido. Además, no se avizoró que fueran relatos preparados con antelación o que ellos se hubiesen puesto de acuerdo para inculpar al Procesado. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que ambas víctimas relatan haber visto en una ocasión al Procesado realizándole tocamientos a uno de ellos, lo que hace que frente a esos episodios particulares ya no estemos ante un testigo único.

Así las cosas, no convencen las críticas que hace el censor, respecto a la existencia en el presente caso de una indeterminación de los hechos de que fueran víctimas J.K. y J.S.H, a manos del ahora acriminado, pues se insiste, si bien es cierto no se puede afirmar que los sucesos denunciados ocurrieron durante varios años o meses como lo dieron a entender las víctimas con sus declaraciones, lo cierto es que esta Sala de decisión sí puede decir con certeza que los vejámenes sexuales a los que WBL sometió a los declarantes, se presentaron en como mínimo en tres oportunidades con cada uno de ellos.

También se debe tener en cuenta que contrario a lo insinuado por el recurrente, los menores desde la primera ocasión en la cual WBL los manipuló sexualmente no contaron nada, no porque lo narrado por ellos no hubiese sucedido en realidad, sino que guardaron silencio por encontrarse bajo el influjo de las amenazas y la violencia moral que el Procesado ejercía sobre ellos, pues recuérdese que a J.S.H no solo le decía que sí contaba algo le cortaría la lengua a su hermanito, sino que además dejaba a su vista una navaja, situación está que haría que cualquier persona, en especial una niña de 7 años, pudiera temer por su vida. En el caso de J.K. si bien es cierto él dice que jamás el Procesado esgrimió un arma en su contra, si fue conteste en aseverar que le indicaba que le pegaría si no accedía a sus demandas sexuales, y cuando se negaba a ello, lo cogía fuerte, halándolo de los brazos para obligarlo a hacer lo que él le demandaba. Además de esto, no es tan cierto que estos niños nunca le hubiesen dado aviso a sus consanguíneos sobre los abusos de que eran víctimas, pues ambos le contaron a personas distintas de su familia, sin embargo parece ser que sus dichos no tuvieron eco alguno en esas personas.

En suma, para la Sala no existe duda alguna que el Juzgado de primer nivel no incurrió en los yerros de apreciación probatoria denunciados por el apelante, y por ende el fallo confutado será confirmado en todo aquello que tiene que ver con el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra, pero se harán una serie de precisiones en lo que atañe con la calificación jurídica dada a muchos de los agravantes específicos de los delitos por los cuales se declaró el compromiso penal del acriminado, los cuales, en opinión de la Colegiatura su ocurrencia en momento alguno fue acreditada por la Fiscalía.

Para los fines arriba mencionados, se empezará por decir, y esto también se señalará como un llamado de atención al Juez de primera instancia, es que la señora Fiscal en la audiencia de acusación se limitó a leer el contenido de, valga la redundancia, el escrito de acusación, sin indicar en momento alguno las razones por las cuáles endilgaba al Procesado cada uno de esos delitos y en especial, el por qué esos reatos se agravaban por las causales allí consignadas y mencionadas. Esta situación irregular se dio con la venia tanto del Juez *A quo* como del abogado Defensor, quienes en ningún momento hicieron siquiera el intento de pedirle a la Fiscal que fuera clara y concreta en su acusación. Pero lo anterior, se vuelve más reprochable todavía, si se tiene en cuenta que el *A quo* tuvo en cuenta las causales específicas de agravación punitiva establecidas en el art. 211 del C.P. sin explicar las razones por las cuáles estas circunstancias si se daban en el presente asunto para aumentar las penas.

Si lo anterior es así como en efecto lo es, debe esta Colegiatura proceder, como ya se anunció, a revisar si estuvo acertada la Fiscalía y el A-quo en pronunciarse sobre la naturaleza de los agravantes específicos de los delitos por los cuales fue condenado en sede de primera instancia el Procesado WBL, lo que de alguna u otra forma repercutió en el monto de las penas impuestas, las que han sido reprochadas por el apelante por lo excesivas y desproporcionales.

* En lo que respecta a la víctima J.S.H., a WBL se le acusó por:

1. Acto sexual con menor de 14 años consagrado en el artículo 209 del C.P., agravado por el numeral 2º del art. 211 de esa misma norma, y en concurso.
2. Acto sexual violento consagrado en el art. 206 del C.P., agravado por los numerales 2º y 4º del art. 211 del C.P. y en concurso.
3. Pornografía con menores art. 218 inciso 1º y 2º del C.P., también en concurso.

A los reatos en mención le fueron puestos también las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en los numerales 5 y 7 del art, 58 del C.P., sin embargo el fallador de primera instancia atinadamente señaló en su decisión, que estos agravantes genéricos eran subsumidos por los específicos, por ende no los tuvo en cuenta al momento de dosificar la pena.

Respecto de lo anterior, considera la Colegiatura que en cuanto a los agravantes endilgados por la Fiscalía al delito de acto sexual violento, no queda duda alguna de que el consagrado en el numeral 4 del art. 211 del C.P. se cumple toda vez que J.S.H. para la época de los hechos contaba con apenas 7 años de edad; sin embargo el agravante del numeral 2º de ese mismo artículo no está claro, pues allí se nos señala que el delito se agrava porque “*El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.”*; y para el caso analizado, es claro que no existía una relación de autoridad entre el Procesado y sus víctimas, sin embargo, este sujeto a pesar de que no era familiar suyo, sí tenía confianza con la familia de los agraviados, pues era el tío de los hermanos mayores de estos y excuñado de su madre, lo que hacía que se depositara en Él la confianza suficiente para permitírsele convivir con ellos y pernoctar en la misma habitación con los menores. Razones estas que la Fiscalía debió manifestar al momento de la acusación, y no simplemente enunciarla, porque en muchas ocasiones el tipo de falencias acá indicaba puede causar que un agravante no sea tenido en cuenta al momento de tasar la pena.

Concluyendo lo anterior, considera esta Sala de Decisión, que en el presente asunto los agravantes específicos de los delitos que se le endilgaron al procesado WBL por lo acontecido con la menor J.S.H., se encuentran efectivamente demostrados.

* En lo que respecta a la víctima J.K.S.H., a WBL se le acusó por:

1. Acto sexual con menor de 14 años consagrado en el artículo 209 del C.P., agravado por el numeral 2º del art. 211 de esa misma norma, y en concurso.
2. Acceso carnal abusivo con menor de 14 años consagrado en el art. 208 del C.P., agravado por el numeral 2º del art. 211 de ese mismo código, en concurso.
3. Acceso carnal violento, descrito en el art. 205 del C.P. agravado por los numerales 2º y 4º de esa misma normativa. Este delito también en concurso.
4. Pornografía con menores art. 218 inciso 1º y 2º del C.P., en concurso.

A los reatos en mención les fueron endilgadas las circunstancias de mayor punibilidad establecidas en los numerales 5 y 7 del art, 58 del C.P., sin embargo el fallador de primera instancia señaló en su decisión, que estos agravantes genéricos eran subsumidos por los específicos, por ende no los tuvo en cuenta al momento de dosificar la pena, y esta Colegiatura tampoco los considerará en respeto al principio de la non reformatio in peius.

En punto del primer delito atrás mencionado, para la Sala, después de haber escuchado el testimonio del joven J.K. no le ha quedado duda alguna de que WBL, después de haber incitado en él un temprano despertar sexual mediante el uso de pornografía, procedió a satisfacer sus apetencias sexuales con él, para ello es innegable que en distintas ocasiones realizó tocamientos sobre su cuerpo, aprovechando para ello, que el menor ignorando que eso no era correcto para un niño de su edad, permitía que el encartado le tocara sus genitales y accedía a tocar los de él. Esto nos pone indudablemente ante una típica conducta de actos sexuales con menor de 14 años, sin embargo, frente al agravante endilgado a este reato, sucede lo mismo que con los agravantes impuestos en los delitos contra la menor J.S.H. esto es, que la Fiscalía ni al momento de realizar su acusación, ni en su teoría del caso y mucho menos en sus argumentos de conclusión, señaló el por qué endilgaba esta circunstancia de agravación punitiva; sin embargo esta Colegiatura considera que la misma se hace evidente dentro del proceso, pues el señor WBL, se insiste, tenía cercanía y confianza tanto con el niño como con su familia, razón por la que nadie veía como algo peligroso o riesgoso el que este menor compartiera la habitación con él, aunque sus otros hermanos no estuvieran en el hogar.

Frente al segundo delito, o sea el acceso carnal abusivo con menor de 14 años, es necesario indicar que si bien es cierto acá no se puede tener certeza acerca de si WBL accedió o no por vía anal al menor J.K., pues entre las múltiples falencias que se evidenciaron en el presente asunto en el actuar de la FGN, se encuentra el hecho de que a pesar de la denuncia realizada por la madre de niño en mención, ni este ni su hermanita, fueron llevados ante el médico legista, quién hubiese podido determinar, desde la parte física, si en el niño había algún tipo de huella de sodomización o de intento de esta; tampoco se le llevó para evaluación psicológica, a fin de que perito en el área de la psicología le hiciera las preguntas pertinentes a fin de determinar si esa situación se dio cómo y dónde se presentó, y cuántas veces aproximadamente, porque hay que reconocer que tal como lo señaló el censor en su recurso, no se entiende cómo pudo ser posible que el Procesado sodomizara al menor sin que nadie se diera por enterado, si en la habitación en donde dormían también pernoctaban otros dos adolescentes, lo que implica que dadas las complejas maniobras que habría tenido que realizar el encartado para acceder a su víctima, no solo porque fuera un acceso carnal *contra natura*, sino que se trataba de la introducción del miembro viril de un hombre adulto en el cuerpo de un niño pequeño, lo que hace algo evidente que a la víctima le debía doler, por lo cual era casi imposible que nadie notara nada raro, a pesar de que se tratara de una persona con limitaciones auditivas y vocales.

A pesar de lo dicho en precedencia, es necesario recordar que el delito de acceso carnal, de acuerdo a lo establecido en el art. 212 del Código Penal, debe entenderse como “*la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”*, lo que implica que el Procesado si pudo incurrir en este reato respecto del menor J.K., pues este en su relato hizo mención a que en muchas ocasiones WBL lo obligaba a que practicara sexo oral, que a veces le ofrecía un bombón pero para dárselo le decía que primero debía permitir que le metiera el pene en la boca, a lo que el niño accedía porque, se insiste, no lograba comprender que esas acciones estaban mal para un infante de su edad. De tal suerte, dentro del presente caso sí están demostrados los accesos carnales a los cuales fue sometido J.K. por parte del acá Procesado.

En cuanto a la agravante que se eligió para este delito, o sea la del # 2º del artículo 211 C.P. se hace necesario señalar que pasa lo mismo que con el del delito de actos sexuales, esto es que la Fiscalía a pesar de no haber cumplido con su deber de especificar cómo o por qué se configuraba esa agravante dentro del caso analizado, esa situación de confianza del menor hacía el procesado se logra extraer de la relación de cercanía del agresor con su familia y en especial del hecho de que es el tío de sus hermanos mayores. En cuanto al agravante del # 4º ibídem, se sabe que para las fechas en las cuales la víctima fue obligada a padecer actos de sodomía y de sexo oral, era menor de 14 años.

Entonces, de lo dicho se tiene que respecto al niño J.K.S.H., WBL deberá responder por haber incurrido en contra de este infante en por lo menos en una oportunidad en las siguientes conductas punibles: i) actos sexuales abusivos con menor de 14 años; ii) acceso carnal abusivo con menor de 14 años; iii) acceso carnal violento agravado.

Para concluir este aparte de la decisión, se tiene entonces que a WBL solo se le podrá condenar por los delitos de:

* Acto sexual violento agravado (art. 206 y 211 No. 2º y 4º del C.P.), en concurso homogéneo sucesivo, delitos del cual hizo víctima, por lo menos en tres ocasiones, a la menor J.S.H.
* Acto sexual con menor de 14 años agravado (art. 209 y 211 numeral 2º del C.P.) en concurso homogéneo porque se dio en dos ocasiones con J.K., una cuando lo llevó a un lado del camino entre los árboles y la segunda cuando deseaba que él acariciaría lascivamente a su hermanita.
* Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado (art. 208 y 211 numeral 2º del C.P.) en concurso homogéneo sucesivo, en lo que atañe a los eventos en los cuales el Procesado «*premiaba»* a su víctima con un dulce o un bombón cuando lo sometía a felaciones.
* Acceso carnal violento agravado (art. 205 y 211 numerales 2º y 4º del C.P.) en concurso.

**2.** **Los cargos relacionados con la** **Dosificación punitiva**

La parte apelante tachó en su libelo de exagerada la tasación de la pena realizada en primera instancia, pues a su parecer los aumentos por el concurso no se compadecían con la realidad, atendiendo a las deficiencias en el análisis probatorio por él denunciado.

Tales argumentos son compartidos por la Colegiatura, por cuanto la Sala observa que en la tasación de las penas, en especial en lo que atañe con el monto del *hasta otro tanto*, el Juzgado de primer nivel acudió a unos baremos que de una u otra forma de manera indirecta contrariaban los principios que orientan las sanciones penales, consagrados en el artículo 3º C.P. en especial los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Para demostrar lo anterior, vemos que en el fallo confutado el procesado WBL fue condenado a la pena principal de 456 meses de prisión, para lo cual el Juzgado de primer nivel tomó como pena base la de 220 de prisión, esto es, casi que el límite superior del primer cuarto de movilidad del delito de acceso carnal violento agravado, teniendo en cuenta para ello la mayor vulnerabilidad de los bienes jurídicos tutelados, ya que se trata de una persona con una discapacidad auditiva para quien era más difícil pedir auxilio o exteriorizar lo que le estaba sucediendo; a esta pena, le aumento 80 meses por el concurso homogéneo, ya que la conducta se reiteró en múltiples ocasiones. Como consecuencia de esas elucubraciones, la pena para el delito de marras se estableció finalmente en 300 meses de prisión.

De lo anterior, considera la Sala que el aumento de los 80 meses por el concurso homogéneo es un poco alto, puesto que no se tiene certeza respecto de cuántas fueron los momentos en que el Procesado obligó a su víctima a que le practicara felaciones, por tanto acá es viable mantener la pena de los 220 meses, pues estamos ante un comportamiento que requiere un mayor reproche social por haberse cometido en contra de una persona no oyente, y a esa pena por el concurso aumentarle 60 meses.

Atendiendo lo que se viene diciendo, para redosificar la pena se tomará como pena más alta la de los 280 meses por el acceso carnal violento agravado en concurso, y a ella se le aumentará otro tanto por los restantes delitos concursantes, así:

* Por el acceso carnal abusivo agravado de que fuera víctima J.K., la pena establecida en el art. 208 iría de 85 meses diez días a 216 meses, por lo cual se le aumentarán 30 meses, en atención a que el Procesado engatusaba a su pequeña víctima, ofreciéndole dadivas, como bombones, para que él accediera a satisfacer su lujuria.
* Por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, la pena establecida en el art. 209 del C.P. era de 64 meses a 135 meses de prisión, de tal suerte y como acá hemos dicho que se trata de un comportamiento realizado en dos oportunidades en contra del menor J.K., la cuantía a aumentar será de un 35 meses por tratarse de un concurso homogéneo.
* El reato de acto sexual violento el art. 206 del C.P., tenía contemplada una sanción de 18 a 106 meses de prisión, lo que debían aumentarse de una tercera parte a la mitad, por ser agravado por los numerales 2º y 4º del art. 211 del C.P., entonces la pena mínima sería de 64 meses y la máxima de 162 meses, y toda vez que este delito se cometió en tres oportunidades en contra de J.S.H., ese otro tanto a aumentar será de 40 meses, dado ese concurso homogéneo.

Atendiendo lo que se viene diciendo, la pena definitiva a imponer al procesado será de 385 meses de prisión.

Por otra parte, en lo que atañe con la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas, está ha de corresponder a 20 años, porque si bien acorde con lo reglado en el inciso 3º del artículo 52 C.P. al declarado penalmente responsable por regla general se le debe imponer dicha pena accesoria por un término similar al de la pena de prisión, el artículo 51 de esa misma codificación señala que *“La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52.”*.

Como lo dicho por el A-quo respecto a las razones para no conceder ningún mecanismo sustitutivo de la pena se mantienen a pesar de la redosificación punitiva, la Corporación se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno frete al tema, por ende se confirmará esa parte sin modificación alguna.

**Conclusión:**

De todo lo dicho en precedencia, se tiene entonces que se mantendrá la declaratoria de culpabilidad del procesado, pero se modificará la pena impuesta, para dejar una pena definitiva de 385 meses de prisión, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia. Las demás decisiones adoptadas dentro del presente asunto serán confirmadas.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** parcialmente la sentencia proferida por parte del Juzgado 3º Penal del Circuito de Pereira el 31 de agosto de 2015, en la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado **WBL**.

**SEGUNDO: REDOSIFICAR** las penas impuestas al procesado WBL, quien deberá purgar una pena de 385 meses de prisión, y una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por un término de 20 años, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO:** **CONFIRMAR** el fallo opugnado en todo aquello que tiene que ver con la negativa de reconocerle al procesado WBL el derecho a disfrutar subrogados y sustitutos penales.

**CUARTO:** Declarar que en contra de la presente decisión de segunda instancia procede el recurso de Casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

*CON IMPEDIMENTO*

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Audio del juicio oral celebrado el 11 de mayo del 2015, sección de la mañana, H: 00:39:13. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ibídem, H: 01:04:54. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ibídem, H: 00:42 22. [↑](#footnote-ref-3)
4. Es de anotar que la testigo no específica si las amenazas implícitas con la exhibición de la navaja tuvieron lugar ya sea antes de la ocurrencia de los hechos, de manera concomitante con ellos o después que los sucedieran. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ibídem, H: 01:05:58. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ibídem, H: 00:46:26. [↑](#footnote-ref-6)
7. Audiencia de juicio oral del 11 de mayo de 2015, sección de la tarde, H: 00:12:42. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ibídem, H: 00:11:16. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ibídem, H: 00:17:43 y 00:33:50. [↑](#footnote-ref-9)