

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente:
Santiago Apráez Villota
Aprobado Acta No. 78.

Medellín, mayo veintidós (22) de dos mil diecisiete (2017).

El pasado 17 de noviembre, el Juzgado 13 Penal del Circuito condenó a Joaquín Emilio Hernández Zapata como autor penalmente responsable de un concurso de delitos de actos sexuales con menor de catorce años.

El defensor contractual interpuso el recurso de apelación, por lo que la Sala se apresta a desatar la alzada.

ANTECEDENTES

1. Entre los meses de abril y mayo de 2007 al interior de la vivienda ubicada en la calle 38 No. 89-7 del barrio Santa Mónica de esta ciudad, Joaquín Emilio Hernández Zapata realizó actos masturbatorios en presencia de su nieta MH, de 11 años de edad, a quien además tocó en su zona genital y le pidió que le tocara el pene, a lo cual la niña no accedió.

En el año 2011, en esa misma residencia y en distintas oportunidades, la hermana de M.H., M.C.H., también fue tocada por su abuelo Joaquín Emilio en sus pechos y en su vagina.

Posteriormente, en el mes de enero de 2012, durante una salida familiar a las playas de Coveñas (Sucre) y en horas del mediodía, mientras M.H. se

encontraba en la cocina de la cabaña en compañía de la empleada doméstica y la hija de esta, su abuelo Joaquín Emilio le dio un beso en la boca y se marchó inmediatamente del lugar.

En ese mismo paseo, mientras la menor A.H.N., hermana de M.H. y de M.C.H., jugaba en la playa en compañía de sus primos, su abuelo Joaquín Emilio la llamó para que se dirigiera hacia él, donde aprovechó para tocarle los senos y su zona genital.

2. El 26 de mayo de 2015 se realizaron las audiencias preliminares en las cuales el Juez 17 Penal Municipal con función de control de garantías legalizó el procedimiento de captura de Joaquín Emilio Hernández Zapata, atendió la formulación de imputación que hiciera la fiscalía por un concurso de delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado y le impuso medida de aseguramiento en el centro de reclusión.

3. Presentado escrito de acusación en contra del imputado por la fiscal 96 seccional por ese mismo concurso delictivo (artículos 209 y 211 – numeral 5º), la actuación pasó a conocimiento del Juzgado 13 Penal del circuito, cuyo titular, tras agotar el trámite de rigor, profirió sentencia en contra de Joaquín Emilio Hernández.

El juez, por una parte, profirió absolución a favor del procesado por un delito de acceso carnal violento – el cual no fue acusado por la fiscalía – y por los de acto sexual con menor de 14 años agravado que fueron atribuidos en relación a las menores A.H.N. y M.C.H.N., al considerar que esta última no asistió a juicio y que el testimonio de aquella fue impreciso. Asimismo, estimó que la psicóloga Lucely Vélez Restrepo informó que la menor A.H.N. en su entrevista dio poca información en tanto que M.C.H.N. manifestó que su abuelo no la tocó.

Y, por otra, condenó al acusado por un concurso homogéneo de delitos de acto sexual con menor de 14 años agravado por los dos eventos en que funge como víctima la infante M.H.N., esto es los ocurridos en el año 2007 en esta ciudad, cuando le mostró su pene y le tocó su vagina y los del mes de enero de 2012 que se llevaron a cabo en la población de Coveñas, donde la besó en la boca. Para arribar a esa determinación, el juez otorgó credibilidad al testimonio de la víctima al considerar que no fue refutado por la defensa, no

avizó en él ánimo alguno de mentir para causar daño a su abuelo y la dificultad que presentó para expresarse en juicio se debió a la afectación emocional producto del abuso.

Además, el funcionario tuvo en cuenta los testimonios de la madre de las menores Claudia Yaneth Noriega, de la psicóloga Lucely Vélez Muñoz y del peritaje rendido por Javier Villa Machado, quienes en su sentir corroboran las afirmaciones que hizo M.H.N. en el sentido que fue abusada por su abuelo Joaquín Emilio.

En cuanto al proceso de dosificación, se tiene que el juez impuso la pena mínima prevista para el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado (artículos 209 y 211 – numeral 5º), esto es 12 años de prisión, la cual aumentó en 3 años más por la restante conducta delictiva, para un total de 15 años de prisión, sin aportar ninguna razón para ese incremento.

4. La anterior providencia fue objeto del recurso de apelación por parte del defensor, quien de entrada advirtió que la *“inconformidad con la decisión del a-quo (sic) la circunscribe a dos aspectos: la deducción del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acto sexual con menor de 14 agravado, y la manera como una vez aceptada la existencia de la figura concursal, se fijó la pena para la misma”*.

El censor, avalando que el juez diera por probado el primer evento abusivo ocurrido en el año 2007 en esta ciudad cuando el procesado se masturbó frente a M.H.N. y le manoseó su vagina, reprochó que haya considerado acreditado el segundo hecho, esto es el ocurrido en un paseo familiar a Coveñas, como quiera que la menor solo manifestó que un día, mientras ella estaba en la cocina, su abuelo la besó en la boca. Para el recurrente, ese acto no tiene la connotación sexual que requiere el delito acusado, agregando a ello que la Corte Suprema de Justicia – sin especificar providencia alguna – ha establecido que no todo contacto físico implica un contenido libidinoso.

Asimismo, recordó que la madre de la menor expresó que esta le había comentado que *“su abuelo había intentado besarla”*, relato que solo brindó meses después cuando se presentó un altercado entre ambas en desarrollo del cual M.H.N. le reprobó a su progenitora no haber denunciado a su abuelo, asociando a ello que M.H.N. padece un trastorno afectivo bipolar.

En ese orden de ideas, razonó el recurrente, como la menor había sido abusada previamente por su abuelo, que este intentara besarla o que lo hiciera debió ser “*un evento muy desagradable y frustrante*” para ella, pero no por ello puede otorgársele a ese comportamiento una naturaleza libidinosa, razón por la cual considera atípica la conducta y solicita la absolución del delito concursal.

Como pretensión subsidiaria, el censor solicitó que se readecue la pena impuesta, la cual -aseguró- no fue motivada debidamente por el funcionario, toda vez que no expresó por qué consideraba razonable y proporcional aumentar en 3 años la misma en razón al concurso, sin tener en cuenta que en la audiencia del artículo 447 la defensa pidió que se valorará “*la avanzada edad del condenado, sus antecedentes familiares y sociales que han sido inmejorables y la alta pena que conlleva el delito base*”, aspectos que en su sentir dan lugar a que la sanción por el delito base se aumente en 6 meses, que no en 3 años, como hizo el funcionario.

SE CONSIDERA:

Atendiendo a la legitimidad e interés que asiste al defensor para apelar la sentencia de primera instancia, la Sala, siendo competente para ello, pasará a desatar la alzada.

Sea lo primero aclarar que si bien la fiscalía acusó y solicitó condena por los delitos de actos sexuales abusivos cometidos sobre las tres hermanas Noriega, el juez solo profirió condena por los dos abusos de los cuales fue víctima M.H. -hoy mayor de edad-, en tanto que lo absolvió por los punibles cometidos respecto a las otras dos menores, sin que tal determinación fuera apelada por la fiscalía, por lo que el análisis que se hará en esta providencia recaerá sobre los dos hechos por los que se declaró responsable al procesado.

Previo al examen de los reproches del censor, la Sala debe cuestionar que la fiscalía, el juez y la defensa pasaron por alto que la calificación jurídica que se hizo del primer hecho transgredió el principio de legalidad por cuanto se dio aplicación a unas normas no vigentes para la fecha de su comisión, circunstancia que incidió negativamente en la situación del acusado, no solo

porque se impuso una pena mayor, sino porque no se decretó el fenómeno de la prescripción, como correspondía.

En orden a desarrollar las anteriores afirmaciones, lo primero que huelga aclarar es que a partir de las pruebas practicadas no se pudo establecer la fecha exacta en la que el procesado le mostró el pene a su nieta M.H. y le manipuló sus partes íntimas, por lo que la Sala deberá tener como marco temporal de ese primer evento los meses de abril y mayo de 2007, lapso al cual lo circunscribió la fiscalía en la acusación y en el cual:

1. Aún no se encontraba vigente la Ley 1236 de 2008; en consecuencia, la pena para el punible de acto sexual con menor de 14 años, con el aumento de la Ley 890 de 2004, era de **48 a 90** meses de prisión;
2. No operaba la agravante dispuesta en el numeral 5° del artículo 211 del Código Penal que agrava la pena cuando “*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 algunos de los partícipes*”. Lo anterior por cuanto esa redacción del texto fue introducida mediante el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, misma que entró a regir el 4 de diciembre de esa anualidad.
3. El texto de la agravante prevista en el numeral 5° del artículo 211 anterior vigente para el reato, establecía que la conducta se agravaba cuando se “*realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo*”.
4. Tampoco estaba vigente la Ley 1154 de septiembre 4 de 2007, mediante la cual se dispuso que la acción penal por delitos sexuales cometidos sobre menores de edad prescribe en un término de 20 años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

Adicional a ello, se precisa que la fiscalía en la acusación sostuvo que la conducta era *“agravada por la circunstancia del artículo 211, numeral 5, que contempla un aumento de pena de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea cometida por persona que se encuentre hasta el cuarto grado de consanguinidad con la víctima, estando en este caso el indiciado en el tercer grado al ser abuelo de las presuntas víctimas”*.

Como se observa, si la única razón por la cual se dedujo la agravante estribó en que el acusado era abuelo de las menores ofendidas, no hay lugar a su aplicación en virtud del principio de legalidad, como quiera que fue con la Ley 1257 de 2008 que esa circunstancia fue incluida en el texto del numeral 5º del artículo 211 del Código Penal.

Igualmente, tampoco puede deducirse la agravante original del numeral 5 del artículo 211 del Código Penal que se configuraba cuando la conducta se *“realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo”*, pues se probó a través del testimonio de M.H. que ella y su familia, por lo menos para los meses de abril y mayo de 2007, residían en una vivienda distinta a la de Joaquín Emilio Hernández Zapata y, se insiste, el motivo por el cual la fiscalía acusó la agravante se circunscribió al grado de parentesco.

En ese mismo orden, no es procedente encuadrar ese parentesco en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal que agrava la pena cuando 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”*, toda vez que esa cuestión fáctica nunca fue acusada por la fiscalía, pues en su discurso se limitó a agravar el delito en razón a la consanguinidad; por tanto, de readecuarse oficiosamente la conducta, se violaría la congruencia fáctica, sorprendiéndose a la defensa con un nuevo hecho que no estuvo en posibilidad de contradecir, como quiera que nunca se preparó para refutar la autoridad que pudo ejercer Joaquín Emilio sobre los menores, como tampoco si estas sentían confianza hacia él.

En tales condiciones, y en atención a lo normado por el artículo 83 del Código Penal, la acción penal respecto al primer evento abusivo, para el cual no operaba la Ley 1236 de 2008, prescribía en 90 meses de prisión (7 años y medio), los cuales acaecieron en el mes de diciembre de 2014, cuando aún no se había formulado imputación en contra de Joaquín Emilio

Hernández, por lo que deberá la Sala oficiosamente entrar a reconocer la ocurrencia del fenómeno de la prescripción.

Ya en lo que tiene que ver con los argumentos de la apelación, se tiene que el censor cuestiona la tipicidad del segundo evento abusivo deducido al acusado, ocurrido en enero de 2012, como quiera que la menor solo manifestó que su ascendiente la besó en la boca, acto que en su sentir no implica necesariamente un carácter libidinoso, como que lo que ocurrió fue que ante el precedente abuso del cual fue víctima la joven M.H., esta sintió repulsión hacia ese beso de su abuelo.

Al respecto, la Sala advierte que le asiste razón al recurrente al plantear la atipicidad del comportamiento, pero la razón principal es otra, cual es que para el mes de enero de 2012, ya M.H. contaba con 16 años de edad -como se desprende de la estipulación probatoria No. 2 y los anexos de ella-, por manera que no se satisface el tipo penal reglado en el artículo 209 del Código Penal por falta de uno de sus elementos normativos, esto es que el sujeto pasivo sea un menor de 14 años, siendo cuestionable que las partes y el juez no se percataran de ello.

Así las cosas, por atipicidad objetiva, se absolverá al procesado del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado que le fue deducido por los sucesos desarrollados en el mes de enero de 2012 en el municipio de Coveñas (Sucre).

Dicho lo anterior y dado que existe para el juzgador la posibilidad de variar la calificación jurídica bajo la observancia de ciertos presupuestos jurisprudenciales, es deber de la Sala exponer las razones por las cuales en este caso no es procedente esa modificación oficiosa por parte de la Sala, labor que exige precisar las circunstancias particulares que rodearon el hecho, las cuales se desprenden del testimonio de la menor en juicio y la entrevista incorporada mediante la investigadora Lucely Vélez Restrepo en la sesión de juicio oral del 10 de marzo de 2016, de las cuales se destacan los siguientes contenidos:

Fiscal: También dijiste que después de ese hecho que pasó volvió a ocurrir algo. ¿Qué fue lo que volvió a ocurrir?

Testigo: *Estábamos en Coveñas en una casa que habíamos alquilado, entonces yo estaba en la cocina.*

Fiscal: *¿Qué pasó en la cocina?*

Testigo: *Yo estaba en la cocina porque era la hora del almuerzo, entonces él entró.*

Fiscal: *¿él es tu abuelo?*

Testigo: *Sí... Entonces me besó y se fue.*

Fiscal: *¿dónde te besó?, ¿en qué parte de tu cuerpo?*

Testigo: *En la boca.*

Entretanto, en la entrevista rendida el 22 de agosto de 2012 ante la Investigadora Lucely Vélez Restrepo, M.H. informó que durante el paseo familiar a la costa, mientras se encontraba en la cocina en compañía de la empleada doméstica y de la hija de esta “*mi abuelo entró, me dio un pico en la boca y ahí mismo salió de la cocina*”.

Establecido el supuesto fáctico que se analiza, se advierte que el otro tipo penal de los enlistados en el título iv del Código Penal contentivo de “*los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*” es el previsto en el artículo 206 (acto sexual violento) mismo que no recoge el comportamiento del procesado, toda vez que se trató de un beso en la boca fugaz, rápido y sorpresivo, que no violento, prueba de ello es que no medió una resistencia por parte de M.H. para repeler ese “*atentado*”.

Frente al punto, resulta apropiado traer a colación el mediático caso de aquel joven que mientras se movilizaba en una bicicleta tocó los genitales de una mujer que caminaba por el lugar, comportamiento que había sido tipificado en la decisión de segunda instancia como acto sexual violento, conclusión que fue desestimada por la Corte Suprema de Justicia bajo las siguientes consideraciones:

“Sorprender, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es coger desprevenido, conmover, suspender o maravillar con algo imprevisto, raro o incomprensible. Es lo inesperado, que equivale o es sinónimo de asombrar,

petrificar, desconcertar, turbar, pasmar, sobrecoger, chocar, anonadar, paralizar, etc.

Sobre el tema, respecto del delito de actos sexuales, lo primero que se debe decir es que sorpresa no significa violencia, a pesar de que puede haber “sorpresa violentas”. Pero, por sí, lo inesperado, lo imprevisto, lo desconcertante, no equivale a fuerza ni a intimidación; y lo segundo, que ante una actuación sorpresiva no existe ninguna posibilidad de lucha, de respuesta o reacción, motivo suficiente para concluir que frente a un “ataque” conformado exclusivamente por la sorpresa no es posible hablar de acto sexual violento. Y aquí vuelve a tener razón CARLOS SUÁREZ RODRÍGUEZ, cuando explica que como en una actuación sorpresiva no existe ninguna clase de lucha, parece excesivo configurar el delito en su ausencia¹.

“Respecto del delito de actos sexuales, lo primero que se debe decir es que sorpresa no significa violencia, a pesar de que puede haber “sorpresa violentas”. Pero, por sí, lo inesperado, lo imprevisto, lo desconcertante, no equivale a fuerza ni a intimidación; y lo segundo, que ante una actuación sorpresiva no existe ninguna posibilidad de lucha, de respuesta o reacción, motivo suficiente para concluir que frente a un “ataque” conformado exclusivamente por la sorpresa no es posible hablar de acto sexual violento”².

Así las cosas, si en el supuesto que se analiza se trató de un beso que no fue producto de un comportamiento impregnado de violencia en tanto no existió fuerza, constreñimiento, presión física o psíquica, o intimidación por parte del acusado, no es posible catalogar la conducta como acto sexual violento.

Y, la segunda razón por la cual la Sala no puede condenar al procesado por la conducta prevista en el artículo 206 del Código Penal pende de la edad de la ofendida (16 años), pues al tratarse de un mayor de 14 años no opera la presunción de antijuricidad aplicable en delitos sexuales, por lo que era necesario probar más allá de toda duda razonable que el hecho enjuiciado

¹ Obra citada, pág. 151

² Decisión del 26 de octubre de 2006. Radicado 25743. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

enmarca un acto sexual, así como la afectación a la libertad, integridad y formación sexual de la joven M.H., lo cual no ocurrió, si se tiene en cuenta que se trató de un beso en la superficie de los labios, sin introducción de la lengua en la cavidad bucal de la joven, sorpresivo y de poca duración, el cual no se dio en la clandestinidad sino en una zona común de la vivienda como la cocina, donde además se encontraban una mujer adulta y otra menor de edad, a plena luz del día y que no estuvo acompañado de otro lascivo potencial, como lo serían los tocamientos sobre el cuerpo de la ofendida, circunstancias que, analizadas de cara a la edad de la víctima, ponen en duda el acto sexual y la lesión a los bienes jurídicos protegidos, con las consecuentes implicaciones en materia de tipicidad y antijuricidad.

Ahora, no desconoce la Sala que en la sentencia citada precedentemente, la Corte Suprema de Justicia estableció que un comportamiento parecido al analizado constituía una injuria por vía de hecho; sin embargo, en este caso no es procedente esa modificación oficiosa, como quiera que existen dudas respecto a la intención de deshonar o de mancillar el honor que pudo concurrir en Joaquín Emilio Hernández para estampar ese beso en la boca de su descendiente.

Así las cosas, ante la atipicidad objetiva del comportamiento de acto sexual abusivo por carencia de uno de sus requisitos objetivos al ser la víctima mayor de 14 años y al no ser procedente tipificar el comportamiento del procesado en otro delito, se absolverá a Joaquín Emilio Hernández Zapata de los cargos formulados por los hechos ocurridos en el mes de enero de 2012.

Como consecuencia de esa absolución y de la declaratoria de preclusión por prescripción por los hechos ocurridos en el año 2007, se ordena la libertad inmediata e incondicional de Joaquín Emilio Hernández, para lo cual se librarán las comunicaciones del caso a la autoridad carcelaria correspondiente.

Consideración adicional:

Al revisar la parte resolutive del fallo se observa en el numeral 5º de la misma que el funcionario absolvió al procesado de un delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pese a que la fiscalía no acusó al

procesado de este punible; de hecho, del material probatorio no se advierte un supuesto fáctico que hubiera podido estructurar esta conducta, pues a Joaquín Emilio siempre se le ha sindicado de realizar tocamientos sobre sus nietas, pero no de haberlas accedido carnalmente.

Siendo así, dado que no existe un cargo por acceso carnal violento contra el procesado, la Sala suprimirá el numeral 5º de la providencia de marras en la que se absolvió por este punible.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1º. Disponer la preclusión en favor de Joaquín Emilio Hernández Zapata por los cargos que le fueron formulados por los hechos ocurridos entre los meses de abril y mayo de 2007, por prescripción de la acción penal. Contra esta decisión procede el recurso ordinario de reposición.

2º. Absolver al procesado del delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado que le fue deducido por los sucesos desarrollados en el mes de enero de 2012 en los cuales funge como víctima M.H. Contra esta determinación procede el recurso extraordinario de casación.

3º. Eliminar el numeral 5º de la sentencia del 17 de noviembre de 2016 en la que se absolvió al acusado de un delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

4º Se ordena la libertad inmediata e incondicional de Joaquín Emilio Hernández, siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial, para lo cual se librarán las comunicaciones del caso a las entidades correspondientes.

A su ejecutoria, regrese la actuación al juzgado de origen, no sin antes realizar la audiencia de lectura por parte del Magistrado Sustanciador y en donde se notificará su contenido.

CÚMPLASE.

SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA

Magistrado

ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ

Magistrado

LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

Magistrado