

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA PENAL

Magistrada Ponente	Alexandra Ossa Sánchez
Radicación	11001 60 00 055 2017 80168
Acusado	José Wbeimar Cardona Toro
Delito	Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir
Motivo	Apelación sentencia condenatoria.
Decisión	Modifica
Aprobado Acta n°.	001
Fecha	Bogotá, diecisiete (17) de enero de dos mil veintidós (2022)

ASUNTO POR RESOLVER

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la defensa de JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, contra la sentencia emitida el 5 de agosto de 2020, por el Juzgado 39 Penal del Circuito de esta ciudad, mediante la cual lo condenó por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir con circunstancias de mayor punibilidad, en los términos que más adelante se verán.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

De acuerdo con la hipótesis acusatoria de la fiscalía, JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, el 27 de agosto de 2017, entre las 2:15 y 2:40 am, encontrándose laborando como conductor de la plataforma UBER, recogió a Gloria Johanna Riveros Pinilla en el barrio Bachué de Bogotá para trasladarla hasta su residencia en la localidad de Suba. En el trayecto, debido a que ésta se encontraba bajo los efectos de bebidas embriagantes, JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO aprovechó para besarla en la boca e introducirle el pene en la boca, eyaculando en ella.

2. Procesales

Por los hechos descritos, el 22 de marzo de 2019, el Juzgado 10 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, libró orden de captura en contra de JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, conforme a la solicitud de la fiscalía, la cual se materializó el 26 siguiente y legalizó ante el Juzgado 18 Penal Municipal con función de Control de Garantías. Seguidamente se le formuló imputación como autor del delito de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, descrito y sancionado en el artículo 210 del Código Penal, cargo que el imputado no aceptó. Se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en su lugar de residencia.

Presentado el escrito de acusación (24 de mayo de 2019), la correspondiente audiencia se realizó el 13 de septiembre de ese

año, en la cual la fiscalía mantuvo la imputación fáctica, sin embargo, adicionó la jurídica, en el sentido de endilgar al imputado la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 5° del artículo 58 del Código Penal.

La audiencia preparatoria se realizó el 16 de octubre de 2019.

El juicio inició el 6 de noviembre del mismo año, con la presentación de la teoría del caso por parte de la fiscalía. A continuación se presentaron las estipulaciones acordadas e inició la etapa probatoria, escuchándose los testimonios de Gloria Johanna Riveros Pinilla y Luisa Fernando Penagos.

El 13 de febrero de 2020 se reanudó la vista pública con los testimonios de Elsa Victoria González Osorio y Nelly Alexandra Gomez Tarazona.

El 9 de julio del mismo año, se escuchó el testimonio de José Leonardo Duarte Rojas, culminando de esta manera el ciclo probatorio, dado que la defensa no hizo postulación de pruebas. Seguidamente se realizó la presentación de los alegatos de conclusión, luego de lo cual el despacho anunció el sentido del fallo -condenatorio-, dando paso a la audiencia prevista en el artículo 447 del C. de P.P., en donde la fiscalía indicó que el acusado no cuenta con antecedentes penales vigentes.

En audiencia realizada el 5 de agosto, el mismo despacho profirió sentencia mediante la cual condenó a JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO en los términos que a continuación se exponen.

Inconforme con la decisión, el defensor del acusado interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación, a cuya resolución se apresta la Sala.

LA DECISIÓN APELADA

Tras realizar consideraciones generales en torno a los requisitos de ley para la emisión de una sentencia de carácter condenatorio, el despacho de primera instancia abordó el análisis de las pruebas practicadas en el juicio, con miras a determinar la materialidad y la responsabilidad penal de JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO en la conducta punible que le fue imputada.

En tal sentido, aseguró que no existe discusión alguna sobre la identidad del vinculado, quien laboraba para la época de los hechos en la plataforma UBER y que el 27 de agosto de 2017 recogió a la víctima Gloria Johanna Riveros Pinilla en su automóvil de placas RAN-340.

Tampoco existe duda en torno a que durante el recorrido hasta el destino, JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO aprovechó que la pasajera se encontraba bajo los efectos de bebidas alcohólicas para besarla, y que unas cuerdas antes de la vivienda donde residía la mujer, aquél introdujo su miembro viril en la boca de Gloria Johanna Riveros, eyaculando en ella.

Al día siguiente, Gloria Johanna Riveros encontró su cabello, blusa y cuerpo con semen, lo que la llevó a realizar una búsqueda en la red social Facebook, encontrando la fisionomía del conductor del vehículo que le prestó el servicio a través de la plataforma de transporte, la cual fue corroborada en diligencia de

reconocimiento fotográfico en la que no titubeó en señalar a JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO como el causante de los actos de índole sexual de los que fue víctima.

En cuanto a la circunstancia de mayor punibilidad endilgada, la encontró estructurada, toda vez que el acusado no solo se aprovechó del estado de alicoramiento en que se encontraba Gloria Riveros, sino que propició las condiciones para cometer la conducta punible, pues se trata de una mujer joven, sola, en horas de la madrugada, en un vehículo automotor a merced de su perpetrador, lo que sin duda alguna impidió su defensa, aunado a que el victimario se desvió de la ruta hacia a un lugar solitario para desplegar la conducta abusiva.

Conforme con lo anterior, consideró demostrados los presupuestos para proferir sentencia condenatoria en contra del acusado, como autor del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, con circunstancia de mayor punibilidad, imponiéndole, en consecuencia, la pena principal de ciento ochenta (180) meses de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo periodo. No le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena ni el beneficio de la prisión domiciliaria, ordenando librar la respectiva orden de captura.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La defensa de JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, recurrió la decisión centrando sus inconformidades desde cuatro aspectos:

1. Plantea que la Fiscalía no demostró que la víctima se hallara en estado de inconsciencia, o que padeciera trastorno mental o que hubiera estado en incapacidad de resistir, pues la ofendida manifestó haber entablado conversación con su prohijado y rechazarlo en un par de ocasiones cuando éste intentó besarla, lo que significa *«que sí tenía una percepción clara de sus sentidos.»*

En la misma senda, indica que no se demostró “seriamente” con un perito en psicología o psiquiatría forense, la incapacidad de resistir en la que presuntamente se encontraba la víctima, pues si se tiene en cuenta lo declarado por ella, estuvo con cinco amigos consumiendo licor, tomándose entre todos dos botellas de aguardiente lo cual significa que cada uno debió ingerir aproximadamente un cuarto de botella, cantidad con la que Gloria Riveros no podía embriagarse al punto de perder el control.

2. Como segundo argumento, sostiene que la víctima no estaba completamente segura si el acusado introdujo su pene en su boca, por lo que la situación denunciada se enmarcaría en unos actos sexuales.

3. Censura, igualmente, que la juez de primera instancia hubiera tenido en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad establecida en el numeral 5° del artículo 58 del Código Penal, desconociendo que con ello se hace un doble reproche penal a su representado.

4. Finalmente, señala que su defendido no tiene antecedentes penales, razón por la cual se halla cobijado por la circunstancia de menor punibilidad prevista en el numeral

primero del artículo 58 del Código Penal, siendo un error que en ejercicio de la tasación punitiva la juez se hubiera ubicado en los cuartos medios, por lo que solicita la redosificación de la sanción.

De acuerdo con lo anterior, solicita al Tribunal declarar que la fiscalía no logró derruir la presunción de inocencia que ampara a JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, en consecuencia, se proceda a la revocatoria del fallo condenatorio. En subsidio, deprecia la disminución de la pena respetando los criterios establecidos en el artículo 61 del Código Penal.

CONSIDERACIONES

Esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el fallo proferido el 5 de agosto de 2020, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, por cuanto versa sobre sentencia emitida en primera instancia por el Juzgado 39 Penal del Circuito del distrito judicial de Bogotá.

A fin de responder los planteamientos del impugnante, la Sala abordará los siguientes temas: *(i)* la estructura dogmática del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, *(ii)* el caso concreto, acápite dentro del cual se asumirá el examen de los supuestos yerros atribuidos a la valoración de las pruebas y *(iii)* la dosificación punitiva, si a ello hubiere lugar.

(i) La estructura dogmática del delito acceso carnal con incapaz de resistir

Señala el artículo 210 del Código Penal, modificado por la Ley 1236 de 2008.

El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos a él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años.

Bien se ve que el tipo penal de acceso o actos sexuales abusivos con persona incapaz de resistir, requiere una calidad especial en el sujeto pasivo de la conducta, que puede obedecer (i) al estado de inconsciencia en el momento en que ocurre el acceso o acto de índole sexual; (ii) al trastorno mental que de manera transitoria o permanente ostente la víctima, siempre y cuando le represente un detrimento en las facultades intelectivas que le impida comprender la naturaleza de la relación u otorgar el respectivo consentimiento en la misma; o (iii) a una situación en la que la voluntad de la persona está completamente doblegada.

Así lo ha considerado de tiempo atrás la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, precisando que el tipo penal no se consolida por el resultado objetivo de los comportamientos descritos en la norma, sino que se exige:

... [C]omo presupuesto o mejor entiéndase como requisito esencial que dichos fenómenos se hubiesen materializado en persona en estado de inconsciencia o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir.

Tratándose de la inconsciencia se comprende desde la perspectiva de lo general, que se trata de aquellos estados en los que el ser humano objeto de la agresión sexual se halla bloqueado en sus facultades cognitivas, efecto de anulación en la capacidad de conocimiento que puede darse como resultado de la ingesta de licor o de cualquier sustancia natural o química que produzca dicho efecto.

A su vez, los comportamientos de que trata el artículo 210 se materializan en persona que ‘esté en incapacidad de resistir’, estadio en el cual sus capacidades, posibilidades y realidades de respuestas negativa o más claramente de oposición material frente al acceso carnal o actos sexuales diversos a aquel, se hallan doblegadas, frente a quien la víctima se encuentra a su merced, es decir, a su unilateral disposición... (CSJ. SP. 6 may 2009. Radicado 24055).

ii. El caso concreto

No se discute que la conducta que originó esta actuación se presentó en la madrugada del 27 de agosto de 2017.

Tampoco se ha prestado a controversia que JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, encontrándose laborando como conductor de la plataforma UBER, recogió en su vehículo a Gloria Johanna Riveros Pinilla en el barrio Bachué de Bogotá, para trasladarla hasta su residencia ubicada la localidad de Suba.

Así mismo, se acreditó sin discusión, que los espermatozoides hallados en el pantalón jean y la blusa que vestía Gloria Johanna Riveros Pinilla para el 27 de agosto de 2017, es material genético que pertenece a JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO.

Por el contrario, el censor centra el debate en la ausencia de demostración de cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 210 del Código Penal, para que se considere víctima a Gloria Johanna Riveros Pinilla, toda vez que, afirma, la fiscalía no acreditó el estado de inconciencia, que la mujer padeciera de trastorno mental o que hubiera estado en incapacidad de resistir.

Agrega que existen dudas respecto a si el acusado introdujo o no su pene en la boca de la mujer.

De manera que la Sala examinará si los argumentos esbozados por la defensa encuentran respaldo razonable en las pruebas, o si por el contrario, la fiscalía logró acreditar su teoría en un grado que supere la duda.

Para ello, resulta necesario precisar que las pruebas practicadas en el juicio conducen a establecer que para el 27 de agosto de 2017, Gloria Johanna Riveros se hallaba en incapacidad de resistir cualquier conducta desplegada en su humanidad, durante el lapso transcurrido entre las 2:15 y las 2:40 am, es decir, cuando estuvo dentro del vehículo de placas RAN 340 conducido por José Wbeimar Cardona Toro, como pasará a explicarse.

Con la declaración de Gloria Johanna Riveros Pinilla, se conoció que el 26 de agosto de 2017, esta permaneció desde las 6 de la tarde en la casa de unas amigas, celebrando la terminación del semestre universitario, razón por la cual ingirió bebidas alcohólicas en gran cantidad, refiriendo que tomó *«muchísimo aguardiente y cervezas, como dos botellas»* y que a la media noche llegaron unos amigos para continuar con la celebración.

A las dos de la mañana se sintió muy tomada, por lo que decidió irse para su casa; sin embargo, debido al alto grado de alicoramiento en el que se encontraba, no pudo solicitar en la plataforma UBER un vehículo por sus propios medios, siendo uno de sus amigos quien lo hizo por ella.

Al llegar el automotor, nuevamente requirió la ayuda de sus compañeros, quienes la asistieron para lograr subirse al vehículo que le prestaría el servicio de transporte hasta su residencia.

Ya en el trayecto hacia su casa se quedó dormida por tramos, lográndose despertar por pequeños intervalos, percatándose que el conductor le estaba tocando la pierna y besando, acciones que ella procuraba rechazar pero nuevamente se quedaba dormida.

En una de las oportunidades que se despertó (segunda), lo hizo al sentir que *«él me metió el pene a la boca y eyaculó, eso me dio muchas ganas de trasbocar, y eso fue lo que medio me despertó. No sé dónde estábamos»*

Indicó que seguidamente el conductor emprendió la marcha, pues se había detenido unas cuadras antes de llegar a su casa, para cometer dichos actos.

Una vez arribaron al inmueble donde la mujer residía, fue el conductor quien la ayudó a bajarse, por cuanto no podía sostenerse y menos caminar sin caerse, debido a su estado de embriaguez, la llevó hasta la puerta de la casa y fue este quien introdujo la llave en la cerradura. Abierta la puerta ella ingresó y

«gateó» por la escalera hasta el segundo piso donde se ubicaba su habitación, se acostó a dormir y al día siguiente despertó viendo y sintiendo su cara, cabello y ropa con semen.

En la sesión de juicio llevada a cabo el 9 de julio de 2020, se escuchó el testimonio de Leonardo Duarte, investigador de la SIJIN, con quien se incorporaron las imágenes del video de seguridad de una cámara ubicada en la calle 98 A # 130C-62, sitio de residencia de la precitada, en las que se observa el momento exacto en que el vehículo de placas RAN-340, conducido por JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, arribó a ese sitio, el 27 de agosto de 2017 a las 02:12:58 am.¹

Así mismo, se observa al conductor bajándose del automotor y dirigiéndose a la puerta del copiloto para ayudar a Gloria Riveros Pinilla a descender del mismo².

A las 02:14:10 am la mujer se desplazó por enfrente del vehículo, perdiendo el equilibrio y cayendo sobre el capó³, viéndose al conductor que ayuda a la joven para continuar caminando hacia la puerta de la casa.⁴

Finalmente se observa a la mujer caminando de lado a lado sin lograr mantener el equilibrio y al conductor del vehículo abrazándola para que esta no se desplomara⁵.

El anterior recuento de la prueba testimonial resulta necesario para evidenciar que, como lo consideró la juez de

¹ Imagen 3 del informe.

² Imagen 8 del informe.

³ Imagen 11 ib.

⁴ Imagen 13 ib.

⁵ Imagen 17. Ib.

primera instancia, Gloria Johanna Riveros Pinilla se encontraba en incapacidad de resistir los actos y acceso carnal que JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO le perpetró, aprovechándose del estado de embriaguez de la mujer cuya capacidad para reaccionar se hallaba disminuida.

Resulta inexacto sostener, como lo hace el recurrente, que en el juicio no se acreditó la incapacidad de resistir de Gloria Johanna Riveros Pinilla, pues si bien no se obtuvo un dictamen médico legal o toxicológico que concluya tal estado, otros medios probatorios corroboran su versión en punto de la imposibilidad de reaccionar ante las agresiones sexuales, pese a que alcanzaba a percatarse de lo que estaba viviendo.

Es así como se acreditó en el juicio que el avanzado estado de embriaguez en el que se hallaba Gloria Johanna cuando decidió irse para su casa, le impidió solicitar el servicio de transporte a través de la plataforma UBER, razón por la cual un amigo lo solicitó por ella.

De este estado se enteró JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, conductor del vehículo particular adscrito a la plataforma UBER, tan pronto como recogió a la joven, pues sus amigos tuvieron que salir a ayudarla a entrar al automóvil debido a que no podía sostenerse en pie. Adicionalmente, una vez Gloria Johanna estuvo ubicada en el asiento del copiloto, presentó otro efecto propio del alcohol consistente en el letargo que le dificultaba estar alerta y despierta.

Las anteriores circunstancias fueron aprovechadas por JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, para desplegar maniobras de

carácter sexual que culminaron con la penetración de su miembro viril en la boca de la pasajera que yacía en el asiento del copiloto sin capacidad para oponerse a ellas, debido a la ingesta de la bebida alcohólica.

No significa lo anterior que Gloria Johanna Riveros Pinilla hubiera estado en inconciencia, como lo sugiere el defensor al indicar que en esa eventualidad no podía dar cuenta de lo sucedido, pues la mujer en forma clara reveló que pese a encontrarse ebria discernía lo que estaba sucediendo, solo que sin lograr resistirse a los tocamientos y penetración bucal.

Precisamente porque CARDONA TORO advirtió que en el estado en que se hallaba la mujer ésta no podría bajarse del carro y caminar hasta la puerta de su casa, fue él quien optó por descender del vehículo para abrirle la puerta, acompañarla en el recorrido y sostenerla cuando vio que perdió el equilibrio cayendo sobre el capó del automóvil.

De esto y de haber sido JOSÉ WBEIMAR quien encajó la llave en la cerradura de la puerta de la casa, debido a que Gloria Johanna Rivera no tenía motricidad para hacerlo, dan cuenta las imágenes del video de la cámara de seguridad.

De manera que no queda duda acerca de la incapacidad de Gloria Johanna Riveros para realizar labores cotidianas esa madrugada del 27 de agosto de 2017, debido a que se hallaba bajo el influjo de bebidas embriagantes, situación que igualmente se convirtió en impedimento para desplegar acciones de oposición a los actos sexuales abusivos perpetrados por JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO.

Ahora bien, en punto del argumento del defensor, según el cual no se demostró mediante un perito en psicología o psiquiatría forense la incapacidad de resistir en la que presuntamente se encontraba la víctima, debe indicarse que en materia de apreciación probatoria, por mandato del artículo 373 del Código de Procedimiento Penal de 2004, impera el sistema de libre convicción, en oposición al de tarifa legal. Ello implica que los hechos de interés para el debate podrán ser acreditados mediante **cualquiera** de los medios establecidos en el Código de Procedimiento Penal, o por cualquier otro medio técnico o científico que no viole los derechos humanos.

Si ello es así, es claro que la postura defensiva se circunscribe tácitamente a la añoranza de una tarifa legal, que deviene incompatible con lo antes explicado; en modo adverso, lo que se verifica en este asunto, es que si bien no se aportó ninguna prueba científica, en todo caso el testimonio de Gloria Johanna Riveros Pinilla y del investigador de la SIJIN fueron contundentes para demostrar el estado de incapacidad en que se encontraba ésta, en la madrugada del 27 de agosto de 2017.

Tampoco le asiste razón al recurrente cuando señala que cada uno de los amigos de Gloria Johanna y ésta consumieron esa noche un cuarto de botella de agüardiente, luego la mujer no ingirió la cantidad suficiente como para *«perder su control humano»*, pues se trata de una afirmación carente de sustento probatorio, quedando su postulación en simple especulación defensiva, que por supuesto no tiene capacidad para sembrar la duda en torno al estado de incapacidad en el que se hallaba Gloria Johanna Riveros en la noche del suceso.

Es igualmente inexacta la afirmación del defensor, según la cual, no se determinó si el acusado introdujo el pene en la boca de la víctima, toda vez que la misma fue enfática en afirmar en su declaración⁶ que «él [JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO] *me metió el pene a la boca, se vino y eyaculó*», manifestación reiterada ante pregunta que le hiciera el Ministerio Público, frente a la cual indicó: *«yo estaba recostada en la silla y no sé si él estaba al lado o estaba encima o no recuerdo. Pero él me metió su miembro a la boca y eyaculó que eso fue lo que a mí me hizo dar rebote y me dejó medianamente despierta»*.

Si a lo anterior se suma que la afectada no tendría motivo alguno para inventarse el relato en perjuicio de JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, a quien conoció esa madrugada, se queda sin sustento la alegada falta de credibilidad en el dicho de la mujer.

Igualmente, es impróspera la hipótesis de la defensa en torno a que Gloria Johanna Riveros Pinilla consintió la relación sexual, pues de haber ocurrido de esa manera, tampoco se explicaría que al día siguiente se arrepintiera y decidiera denunciar a CARDONA TORO.

Acorde con lo expuesto, la Sala emitirá confirmación a la decisión de primera instancia, por encontrar acreditada la conducta sexual abusiva desplegada por JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO, sobre una mujer en incapacidad de resistir.

No sucede lo mismo con la estructuración de la circunstancia de mayor punibilidad establecida en el artículo 58-5 del Código

⁶ Escúchese al récord 00:17:21.

Penal, respecto de la cual no advierte la Sala que en la formulación de imputación se hubiera realizado un desarrollo fáctico o si quiera conceptual, pretermisión que impone su desestimación.

A fin de explicar el vicio detectado, surge imperioso memorar que durante la audiencia de formulación de imputación⁷, la fiscalía no endilgó a JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO la aludida circunstancia de mayor punibilidad.

No obstante, ya en la audiencia de formulación de acusación, la fiscal realizó una lectura al escrito adicionando la multicitada circunstancia de mayor punibilidad, empero, pasó por alto, no solo referirse a la base fáctica que sustenta la misma, sino señalar en cual de los eventos descritos en la norma, se enmarca la conducta desplegada por el acusado.

La circunstancia de mayor punibilidad establecida en el numeral 5° del artículo 58 del Código Penal se estructura bajo diversas posibilidades, a saber: (i) cuando la conducta punible se ejecuta mediante ocultamiento; (ii) con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima; (iii) o aprovechando circunstancias de tiempo, modo, lugar que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe, circunstancias respecto de las cuales la delegada del ente acusador no aludió.

Lo anterior bastaba para no tener en cuenta esa circunstancia en la sentencia, sin embargo, la juez de primera instancia luego de realizar la remembranza de las pruebas recaudadas y efectuar el correspondiente ejercicio valorativo, concluyó que el acusado se aprovechó no solo del estado de

⁷ Sesión de audiencia de formulación de imputación Record 00:29:50 – 00:41:15

alcoramiento de la víctima, sino de las condiciones *propicias para cometer el delito*.

Ante la ausencia de imputación fáctica de cualquiera de las circunstancias que agravan genéricamente la punibilidad según el numeral 5° del artículo 58 del Código Penal, la juez *a quo* no podía delimitarla por su propia iniciativa.

En consecuencia, se modificará la sentencia recurrida en el sentido de declarar que JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO queda condenado por el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, sin la circunstancia genérica de mayor punibilidad desarrollada en el numeral 5° del artículo 58 del Código Penal.

Redosificación

El juez de primera instancia tomó como base para la dosificación de la pena el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, partiendo del mínimo del «segundo cuarto» y aumentando en 12 meses más en atención a la intensidad del dolo del procesado en su actuar, entonces, en virtud de la supresión de la circunstancia de mayor punibilidad, la Sala procederá a tasar la pena, bajo los mismos parámetros tenidos en cuenta por la juez de primer grado.

El delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir, previsto en el artículo 210 del Código Penal establece pena restrictiva de la libertad que oscila entre 144 y 240 meses de prisión. Consecuentemente, los cuartos de movilidad para la conducta son:

Cuarto mínimo	Primer cuarto medio	Segundo cuarto medio	Cuarto máximo
144 meses a 168 meses	168 meses y un día a 192 meses	192 meses y un día a 216 meses	216 meses y un día a 240 meses

Por disposición expresa del inciso 2° del artículo 61 del Código Penal, el funcionario judicial debe partir del cuarto mínimo de movilidad, *cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva.*

En el traslado del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, se dejó sentado que el procesado no cuenta con antecedentes penales vigentes, circunstancia de menor punibilidad que conlleva a que se parta del mínimo previsto para el primer cuarto de movilidad, es decir, 144 meses de prisión, aumentándose en 12 más, en razón de las consideraciones expuestas por la juez de primera instancia, para una pena definitiva de 156 meses de prisión, la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se establece en el mismo lapso de la pena privativa de la libertad.

A pesar de la atemperación de la pena, no se concederán los subrogados de la prisión domiciliaria y la suspensión condicional de la ejecución de la pena, de acuerdo con lo previsto en los artículos 38B y 63 del mismo ordenamiento sustantivo, comoquiera que el mínimo de sanción previsto para el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir,

supera ostensiblemente los 8 años, además que la pena impuesta excede los 48 meses de prisión.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 5 de agosto de 2020, por el Juzgado 39 Penal del Circuito de esta ciudad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este fallo, en el sentido de **declarar** que JOSÉ WBEIMAR CARDONA TORO queda condenado a la pena principal de **CIENTO CINCUENTA Y SEIS (156) MESES DE PRISIÓN** y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso, como autor del delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir previsto en el artículo 210 del Código Penal, sin circunstancia genérica de mayor punibilidad.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: ADVERTIR que contra este fallo procede el recurso de casación, que deberá ser interpuesto dentro de la oportunidad prevista por el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALEXANDRA OSSA SÁNCHEZ
Magistrada



FERNANDO ADOLFO PAREJA REINEMER
Magistrado



ALBERTO POVEDA PERDOMO
Magistrado