



Tribunal Superior Del Distrito Judicial

SECRETARIA DE LA SALA PENAL
NEIVA - HUILA

E D I C T O

La Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Neiva,

H A C E S A B E R:

Que en la causa No. **41001-31-04-005-2019-00058-01** seguida contra **NICOLAS PEÑA GONZALEZ** por los delitos de "acceso carnal violento agravado", La Sala Primera de Decisión Penal de este Tribunal dictó sentencia de segunda instancia de fecha dieciséis (16) de febrero de dos mil Veintiuno (2021), proveído que fuera aprobado como consta en el Acta No. 0144 con ponencia del Magistrado **ÁLVARO ARCE TOVAR**.

Para notificar legalmente a los sujetos procesales se fija el presente **EDICTO** de forma virtual en la página Web de la Rama Judicial por el término de tres (3) días hábiles, en Neiva siendo las siete (7:00) de la mañana de hoy **dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021)**.

Febrero 23 de 2021

LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ
Secretaria



Tribunal Superior Del Distrito Judicial

SECRETARIA DE LA SALA PENAL
NEIVA - HUILA

SECRETARIA DE LA SALA PENAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
NEIVA - HUILA

CERTIFICA: Que para notificar legalmente a los demás sujetos procesales del fallo que antecede, se fijó el EDICTO de forma virtual en la página Web de la Rama Judicial por el término de tres (3) días hábiles, en Neiva siendo las siete de la mañana (7:00 a.m.) de hoy **dieciocho (18) de febrero de Dos Mil Veintiuno (2021)**, no hubo.

LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ
Secretaria

SECRETARIA DE LA SALA PENAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
NEIVA - HUILA

CERTIFICA: Que el anterior EDICTO permaneció fijado de forma virtual en la página Web de la Rama Judicial, por el término anteriormente indicado; y se desfija siendo las siete de la mañana (7:00 a.m.) de hoy **veintitrés (23) de febrero de Dos Mil Veintiuno (2021)**, inhábiles 20 y 21 de los cursantes.

LUISA FERNANDA TOVAR HERNANDEZ
Secretaria



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA PRIMERA DE DECISIÓN PENAL

MAG. PONENTE:	ÁLVARO ARCE TOVAR
RADICACIÓN:	41001-31-04-005-2019-00058-01
PROCESADO:	NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ
DELITO:	Acceso carnal violento agravado
ASUNTO:	Sentencia condenatoria anticipada
PROCEDENCIA:	Juzgado 5º Penal del Circuito de Neiva –H.-
APROBADO:	Acta No. 0144
DECISIÓN:	Confirma

Neiva, dieciséis (16) febrero de dos mil veintiuno (2021)

I. ASUNTO

Ha llegado al Tribunal la presente actuación procesal adelantada a NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del referido procesado contra la sentencia que de manera anticipada profirió el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019), mediante la cual lo condenó como responsable del delito acceso carnal violento agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, imponiéndole la pena de CIENTO VEINTIDÓS (122) meses de prisión, más la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la penalidad

corporal, al igual que le niega el disfrute de los mecanismos sustitutivos invocadas a su favor.

II. LOS HECHOS

Según se precisa en la resolución de acusación emitida por la Fiscalía General de la Nación, los hechos investigados fueron dados a conocer el 3 de junio de 2005 por la entonces menor de 13 años de edad KSVM, quien revela los abusos sexuales de que fuera víctima por parte de su padrastro NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ, en hechos ocurridos a partir del 20 de febrero de 2004 en la ciudad de Neiva.

III. LA ACTUACIÓN PROCESAL

1. Con fundamento en la denuncia formulada por la víctima y previo trámite de la indagación previa, la Fiscalía 14 Seccional de Neiva, el 12 de marzo de 2007 apertura la instrucción respectiva, ordenando la vinculación mediante indagatoria al indiciado NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ, a quien el 7 de diciembre de la misma anualidad resuelve la situación jurídica, absteniéndose el instructor de imponerle medida de aseguramiento por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

2. Al variar dicho cargo mediante resolución del 22 de febrero de 2019, pues cambió al de acceso carnal violento en concurso homogéneo, se produjo la captura del implicado 28 de febrero siguiente, escuchó en indagatoria y formularon cargos como presunto autor de dicho comportamiento, definiendo la situación jurídica el 6 de

marzo de la misma anualidad, imponiéndole medida de aseguramiento de detención preventiva sin beneficio de excarcelación, que al ser recurrida por la defensa se confirma por la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de este Distrito, en determinación del 3 de abril de ese mismo año.

3. Cerrada la investigación y fenecido el término legal establecido para alegar de conclusión, el 21 de mayo de 2019 la Fiscalía Quinta Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados de esta ciudad, profirió resolución de acusación en contra de NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ, como presunto autor del delito de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo, que al ser recurrida por la defensa en apelación subsidiaria, recibió confirmación la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal Superior de Neiva, a través de resolución del 10 de julio posterior.

4. De esa manera, asignado el conocimiento del proceso para el juzgamiento correspondiente al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Neiva –H.- y una vez cumplido en trámite previsto en el artículo 400 de la Ley 600 de 2000, el 10 de octubre de 2019 llevó a cabo la audiencia preparatoria, oportunidad en la cual el acusado PEÑA GONZÁLEZ manifestó aceptar los cargos imputados, acogándose en consecuencia a sentencia anticipada, profiriéndose el 31 de octubre posterior el fallo que se revisa, con las consecuencias jurídicas ya conocidas.

IV. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO¹

Resumidos los hechos y la actuación procesal surtida, identificado e individualizado el procesado, así como precisadas la

¹ Fls. 157 a 167 carpeta 02.

calificación jurídica y la aceptación de cargos, el *a quo* tras aludir el respeto a las garantías fundamentales del procesado, acreditar la existencia del delito como que quiera que la prueba recogida demuestra la participación de NICOLÁS PEÑA GAITÁN en el acto reprochado por la Fiscalía, al resultar señalado por acceder carnalmente en varias oportunidades a la entonces menor KSVM, cuenta con medios probatorios sólidos y suficientes demostrativos en grado de certeza sobre la conducta endilgada y la responsabilidad del procesado.

Extremos que se sustentan con las declaraciones rendidas por la víctima el 3 de junio de 2006 y el 16 de noviembre de 2007, al relatar la forma como fue accedida por el encartado, indicando además las amenazas de daño a su madre, hermano o su sobrino si llegaba a contar algo, coincidiendo con lo narrado por la señora Fanny Murcia Vera al recibir información de su hija acerca de los abusos padecidos y además obligaba a su hijo y a su nieto a salir de la casa para que KS se quedara sola.

Resalta el *a quo* si bien el encartado PEÑA GONZÁLEZ en versión rendida el 28 de febrero de 2019, negó haber forzado a la menor a tener relaciones sexuales, sin embargo, posteriormente y con la asesoría de su defensor de manera consciente, libre y voluntaria aceptó responsabilidad en los hechos imputados, siendo en consecuencia su comportamiento típico y antijurídico, accionar desviado del cual era plenamente consciente debido a su condición de imputable, no actuó bajo causal alguna eximente de responsabilidad según se advierte de su manifestación libre y espontánea en la aceptación de cargos, acreditándose la culpabilidad de PEÑA GONZÁLEZ en la conducta punible desplegada, resultando condenado como autor material del delito de acceso carnal violento agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

Al dosificar la pena en relación con el delito endilgado, el Juzgado de instancia señala que el artículo 205 del C. Penal, vigente para la época de los hechos, con el aumento del art. 14 de la Ley 890 de 2004, que es viable aplicar a asuntos tramitados bajo la Ley 600 de 2000 conforme a referente jurisprudencial que trae a colación, sanciona al infractor con pena de 128 a 270 meses, a lo que se adiciona la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 2º del artículo 211 ídem, por tratarse del padrastro de la víctima, incrementándose esos guarismo de una tercera parte a la mitad, quedando la pena en los extremos de 170.7 a 405 meses de prisión.

En este sentido considera el *a quo* que a fin de no soslayar los derechos fundamentales del acusado y en aras de garantizar la expectativa legítima al momento de acogerse a la figura de sentencia anticipada, se concederá una rebaja de pena acorde a la equiparación de las instituciones de allanamiento y sentencia anticipada en los dos sistemas penales de enjuiciamiento que coexisten, debiendo reconocer una tercera parte de la pena prevista para el delito, esto es, de 61 meses de prisión, por lo que en definitiva la pena a imponer a NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ será de 122 meses, mismo lapso en el cual se determinará la accesoria de rigor.

Itera que en este caso se aplicaron las disposiciones normativas más favorables al procesado, pues de acogerse el monto de descuentos punitivos de la Ley 600 de 2000, los criterios de dosificación serían más altos, esto es, 122.5 meses de prisión.

Frente a los mecanismos sustitutivos de la pena, niega la suspensión condicional de la ejecución de la sanción punitiva previsto en el artículo 63 del C. Penal vigente para la época de los hechos, toda vez no cumple el presupuesto objetivo, en razón a que resulta

condenado a una pena superior a los tres años de prisión, sin que tampoco resulte favorable atender lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014 al superar los 48 meses la penalidad aplicada, además de estar excluidos del beneficio los ilícitos objeto de condena por el art. 68 A ibídem, resultando inane realizar análisis de los demás presupuestos que resultan concurrentes y no supletorios.

Advierte igualmente el juzgado de instancia no resultar procedente la concesión de la prisión domiciliaria establecida en el anterior artículo 38 del C. Penal, vigente al momento de los hechos, toda vez que no se satisface el requisito objetivo, como quiera que la pena en abstracto prevista en la ley para el delito de acceso carnal violento agravado supera los 8 años de prisión; además, dicho comportamiento se encuentra enlistado en el inciso 2º del artículo 68A ibídem, como excluido de la sustitutiva.

Concluye finalmente que, la naturaleza y modalidad de la conducta por la cual aceptó responsabilidad NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ, necesariamente comporta reclusión intramural dada su especial gravedad en razón del tiempo en el cual se prolongó el agravio, así como la actitud posterior del procesado al intentar que los hechos no se denunciaran y quedara en la impunidad.

V. LOS FUNDAMENTOS PARA RECURRIR²

Refiere la defensa del procesado NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ centrar su inconformidad con la decisión de instancia, en lo atinente a la dosificación punitiva e igualmente, la negativa de los mecanismos

² Fls. 47 a 54 carpeta 02.

sustitutivos de la pena impuesta con motivo del delito de acceso carnal violento previsto en el artículo 205 de la Ley 599 de 2000, que para la época de ocurrencia establecía una penalidad de 8 a 15 años de prisión, o lo que es lo mismo de 96 a 180 meses, motivo por el que muestra su desacuerdo con el *a quo* que la determinó de 128 a 270 meses.

Considera que si bien es cierto la sanción se incrementó conforme a lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2014, no resulta aplicable el aumento en razón al principio de favorabilidad, en tanto se debe tener en cuenta que dichas penas fueron elevadas por el artículo 1º de la Ley 1236 de 2008, legislación que entró en vigor con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, circunstancia así advertida por la Fiscalía en la misma resolución de acusación.

En esas condiciones alega la defensa que la represión de la pena debe partir entonces de 96 a 180 meses de prisión y no de 128 a 240 meses, guarismo que aumentado con la circunstancia de agravación punitiva contemplada en el artículo 211 de la Ley 599 de 2000, posibilita partir de 128 a los 240 meses, que no de 170.7 a 405 meses como lo acoge el fallo que se impugna, conclusivo que la pena para su representado finalmente será de 112 meses de prisión, dado que no existe circunstancia genérica de mayor punibilidad ni otro factor que la incremente, motivo por el que ésta se debe concretar en el extremo inferior del cuarto menor como se determinó con antelación, la que se reduce en una tercera parte conforme a la postura acogida por el juzgado de instancia, para un total de 85.3 meses de prisión como condena definitiva.

De otra parte considera se habrá de observar, que al haberse establecido la circunstancia de agravación punitiva del numeral 2º del artículo 211 del estatuto represor, es violatoria del principio *nom bis*

in ídem, previsto en el artículo 29 C.P., al desconocer los reiterados precedentes de la Corte Constitucional que prohíben establecer simultáneamente elementos del mismo tipo penal para efectos de agravar la pena, concretado en el caso presente que la víctima sea una persona en situación de vulnerabilidad por ser menor de 14 años.

Ahora, frente a la negativa de la prisión domiciliaria reclamada a favor de su representado, señala que en este caso NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ fue acusado como presunto autor del delito de acceso carnal violento agravado, en concurso homogéneo, tipificado en los artículos 31, 205 y 211 numerales 2 y 4 del C. Penal, por los hechos ocurridos el 20 de febrero de 2004, 28 de mayo de 2005 y 26 de junio de 2005, según se infiere de la denuncia interpuesta por KSVM, quien para la época de los hechos era menor de 14 años de edad.

Visto lo anterior, considera para que proceda en este caso la prisión domiciliaria establecida en el artículo 38B del C. Penal, se debe atender al principio de favorabilidad, teniendo en cuenta con esta finalidad las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que presuntamente ocurrieron los hechos, a fin de establecer la aplicación de las normas vigentes al momento en que se suscitaron.

En esa dirección y frente a que no se pueda conceder la prisión domiciliaria a quien fuere condenado por un delito de los señalados en el inciso 2º del artículo 68A del C. Penal, alega que dicho precepto fue introducido a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, el cual no se puede tener en cuenta para este caso, como quiera que dicha normatividad fue expedida el 8 de noviembre de 2006, pero entró a regir 6 meses después, tal y como lo establece el artículo 216 ibídem, razón por la que es procedente conceder la prisión domiciliaria a su prohijado.

Apoyado en lo dispuesto en los artículos 29 Constitucional y 6º del C. Penal, como en el criterio jurisprudencial respecto a la aplicación del principio de favorabilidad, señala que la norma más beneficiosa para PEÑA GONZÁLEZ es la vigente para la época de la presunta ocurrencia de los hechos punibles endilgados, permitiéndole acceder a la prisión domiciliaria que le fue negada; además, por cuanto se cumpliría con el precepto de que la pena impuesta sea inferior a 8 años, verificándose así lo preceptuado en el artículo 38B de la Ley 599 de 2000, sustituto que igualmente reclama reconocimiento a favor de su prohijado.

VI. EL TRASLADO A LOS NO RECURRENTES:

No efectuaron pronunciamiento alguno en la oportunidad prevista en el artículo 194 de la Ley 600 de 2000³.

VII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero precisar la competencia que le asiste al Tribunal para conocer del recurso de apelación impetrado, en atención a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 76 de la Ley 600 de 2000, toda vez que bajo el rito establecido en dicha legislación se tramitó la actuación, y en la cual asigna el conocimiento de la alzada contra las sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito.

³ Ver constancia secretarial a folio 57 cuad. 2.

De igual manera es de reiterar que al abordar la Sala el estudio de los aspectos que son materia de inconformidad, no resulta posible agravar la situación jurídica de NICOLAS PEÑA GONZÁLEZ conforme a lo dispuesto por el artículo 31 de la Carta Política, asistiéndole además interés jurídico al apelante en cuanto el recurso versa sobre el monto de la pena privativa de la libertad fijada, al igual que la negativa en el disfrute de uno de los mecanismos sustitutivos de la pena.

Ello, por tratarse de un proceso terminado por la vía abreviada de la sentencia anticipada, en el cual, cabe resaltar, no existe discusión respecto de la legitimidad del trámite y de la aceptación voluntaria de cargos, que no es posible controvertir en sede del recurso de apelación *-que, para el efecto, se asimila al mecanismo de impugnación ahora utilizado-*, aspectos tales como la responsabilidad penal del procesado o la naturaleza de los delitos asumidos por él - *artículo 40 de la Ley 600 de 2000-* precisamente, porque se entiende que de manera libre y voluntaria se niega a controvertir tales circunstancias, a cambio de condigna rebaja de pena.

Para el caso concreto es de destacar que el recurrente buscó acoger la limitación en cita, en virtud de lo cual dirigió la crítica hacia aspectos puntuales de dosificación punitiva y prisión domiciliaria habilitando la interposición del recurso y consecuente examen de fondo del mismo⁴.

Entonces, por virtud del principio de limitación y para efectos de una mejor comprensión de los motivos que soportan esta decisión, la Sala examinará exclusivamente los temas objeto de controversia y los inescindiblemente ligados a ellos, en el orden que fueron presentados por el recurrente.

⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia SP095-2020 del 29 de enero de 2020, radicación 51.795, M.P. Dr. Jaime Humberto Moreno Acero.

Dígase inicialmente que conforme con la resolución de acusación proferida en contra de NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ, se llamó a responder en juicio criminal por hechos constitutivos de agresiones sexuales perpetrados el 20 de febrero de 2004, el 26 de junio de 2004 y el 28 de mayo de 2005, agotados en la integridad de su hijastra KSVM.

Así los reseñó la Fiscalía General de la Nación: *“Respecto de los medios probatorios recaudados, tenemos la versión de la propia ofendida KSVM, quien con 13 años de edad cumplidos, denunció bajo la gravedad del juramento en forma cronológica y detallada la forma como empezó a ser asediada por su padrastro Nicolás. Nótese que le atribuye en una primera ocasión (20 de febrero de 2004) en la noche cuando se encontraba sola fue asediada por su padrastro, quien utilizando la fuerza física logró taparle la boca arrojándola a la cama para luego atarla a las barandas de la cama en forma de cruz, procediendo a manosearla y besarla en su cuerpo, abrirla las piernas e introducirle el pene en su vagina provocándole dolor y sangrado, además de ser amenazada con agresión si contaba lo acontecido; posteriormente el 26 de junio de 2004 en la noche reiteró tales hechos en el cuarto de su madre donde luego de doblegarla físicamente la manoseó y besó, tocándole los genitales, senos, abriéndole las piernas e introduciéndole el pene en su vagina para luego emanar semen (refiere como “baba”), reiterando la intimidación de causarle daño. Expone así mismo que el 28 de mayo de 2005 también en la noche el acudió e introdujo una media en la boca y por la fuerza le ató brazos atrás, arrojándola a la cama para luego comenzar tocamientos en su vagina con introito vulvar del pene saliéndole la “baba”, luego de lo cual la amenazó de muerte y que le pasaría algo a quienes convivían con ella.”*⁵

En razón al agravio sufrido por KS de tener un desarrollo sexual normal y conforme a su edad, la Fiscalía General de la Nación decidió

⁵ Fl. 197 cuad. 1.

acusar al procesado NICOLAS PEÑA GONZÁLEZ, como presunto autor a título de dolo, del delito que define y sanciona el Código Penal colombiano en los artículos 31, 205 y 211 numerales 2 y 4, denominado acceso carnal violento agravado, en concurso homogéneo, conducta que se define por la dogmática penal en los siguientes términos:

“Art. 205 – Acceso Carnal Violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años...”

Art. 211. Circunstancias de Agravación Punitiva.- Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

2. 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.

(...)

4. Se realice sobre persona menor de doce (12) años.

(...)”

Dichos cargos así formulados los aceptó el procesado en sede de audiencia preparatoria de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente asesorado por su defensor, quien sometiéndose de esa forma a la terminación abreviada del proceso mediante sentencia anticipada, en los términos del artículo 40 de la Ley 600 de 2000 que regía para la época de ocurrencia de los hechos, toda vez que en este Departamento la Ley 906 de 2004 empezó su vigencia el 1º de enero de 2007, no se tuvieron en cuenta los incrementos de pena para el efecto establecidos en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, según el cual los extremos punitivos para el citado punible oscilarían entre los 128 a los 270 meses de prisión.

En dicho acto procesal, al análisis de legalidad, una vez que al acusado se le advirtiera sobre las consecuencias dicha manifestación,

por parte del despacho se le hizo saber igualmente obtendría una rebaja equivalente a una tercera (1/3) porción de la penalidad conforme al artículo 352 del C. P. Penal, aplicable a su caso por favorabilidad, atendiendo para ello a los criterios jurisprudenciales que trae a referencia y que sobre tal circunstancia se encontraban vigentes a ese momento, toda vez que la aplicación del guarismo de descuento de una octava parte (1/8) establecido en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, le resultaba más gravoso.

Ahora, en el fallo atacado el *a quo* para los efectos del reconocimiento del citado descuento punitivo, apoyado en decisiones de nuestra más Alta Colegiatura en materia penal, considera lo siguiente:

“Clarifíquese que según el reiterado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es viable aplicar a asuntos tramitados bajo la ley 600 de 2000 los incrementos punitivos dispuestos en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, en la medida en que es posible acceder por favorabilidad a las distintas rebajas de pena y beneficios por colaboración eficaz previstos en la ley 906 de 2004⁶.

Por lo tanto, pese a que existía una posición consolidada en torno a inaplicar tales aumentos de pena a los procesos regidos por dicho procedimiento, la mencionada posición se recogió expresamente en punto de los procesados aforados, dejándose la salvedad que sólo serían aplicables los mismos a personas no aforadas, cuando se cumpla el siguiente condicionamiento:

“La única posibilidad para que se aplique dicha línea jurisprudencial a quienes no ostentan fuero constitucional, es que la actuación se encuentre en

⁶ Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de febrero de 2018. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Radicación No. 50472.

una oportunidad procesal donde sea procesalmente viable y la persona procesada tenga la oportunidad de acceder a rebajas de pena a cambio de colaboración con la justicia. Tal presupuesto no concurre en el presente asunto, pues lo que se resuelve es la apelación al fallo de primera instancia, etapa en la cual, ya no es posible acceder a estos beneficios, por lo que tampoco se aplican los incrementos de la Ley 890 de 2004⁷. ”

En este orden de ideas, declárese que pese a que en otras providencias este juzgado optó por no aplicar los aumentos de pena previstos en el artículo 14 de la ley 890 de 2004 a procesos seguidos con fundamento en la ley 600 de 2000, y negar la concesión por favorabilidad de las rebajas de pena que en momentos similares prevé la ley 906 de 2004, acogiendo el criterio desarrollado por una sala de juzgamiento del órgano de cierre, luego de un estudio minucioso y actualizado del tema, a partir de sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019⁸, se dispuso seguir la posición asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los pronunciamientos en cita, y estimar aplicables los incrementos punitivos dispuestos por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 a los asuntos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia y que se rijan por la ley 600 de 2000, en la medida en que los procesados hayan estado en posibilidad de acogerse a los mecanismos de terminación anticipada por aceptación de cargos y hayan optado de esa manera, como ocurrió en el presente caso, máxime si le resulta más favorable...”

En este caso, en efecto, consultados los mencionados precedentes jurisprudenciales, los mismos resultan atendibles y aplicables en esta situación especial que aquí se ventila, en razón de su existencia y vigencia para el momento de la emisión del fallo de instancia, no obstante tratarse de una asunto regido por la Ley 600 de

⁷ Sala de Casación Penal-. Auto del 18 de julio de 2018. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya. Radicación No. 51207.

⁸ SP 008, radicación 2019 00027 00, procesado: Alexander Ramírez.

2000, los beneficios por aceptación de cargos que regula la Ley 906 de 2004 deben observarse por resultarle más favorables al procesado, empero, atendiéndose para ello a los incrementos punitivos que se contienen en la Ley 890 del 7 de julio de 2004, situación ésta que en momento alguno resulta ser desproporcionada, en razón a que si bien dicho aumento no le fue imputado a PEÑA GONZÁLEZ en la acusación, es lo cierto que el último hecho punible de acceso carnal violento agravado cometido por el procesado, como se precisara en antelación, tuvo ocurrencia el 28 de mayo de 2005, esto es, en vigencia de dicha legislación que entró a regir a partir del 1º de enero de ese mismo año⁹.

Así mismo, hechos los respectivos cálculos aritméticos, en este preciso evento, aun aplicándose los aumentos punitivos del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 y reduciéndose la tercera parte de la pena por razón de la aceptación de cargos para sentencia anticipada en los términos del artículo 352 de la Ley 906 de 2004, dada el estadio procesal que se surte (audiencia preparatoria), dicha tasación le resulta más beneficiosa al acusado como quiera que le comporta al procesado una sanción definitiva de 122 meses de prisión, toda vez que resulta ser inferior a los 122.5 meses que arroja la tasación efectuada producto del descuento de una octava parte de la pena en los términos del artículo 40 de la Ley 600 de 2000, frente a la punición del delito endilgado en la acusación.

Por manera que, resulta entonces más beneficioso para el acusado PEÑA GONZÁLEZ atender a los precedentes jurisprudenciales traídos en referencia por el fallador de primer grado, toda vez que la misma Alta Corporación en más reciente decisión (SP095-2020 del 29 de enero de 2020, Rad. 51.795. M.P. Jaime

⁹ Ley 890 de 2004, art. 15. *“La presente ley rige a partir del 1o. de enero de 2005, con excepción de los artículos 7º a 13, los que entrarán en vigencia en forma inmediata.”*

Humberto Moreno Acero) recogiendo anteriores posiciones expresadas sobre el tema, señaló no ser posible por favorabilidad la aplicación de los descuentos punitivos contenidos en la Ley 906 de 2004, a los procesos tramitados bajo la égida de la Ley 600 de 2000; así lo explicó la Corte:

“Precisamente en otro de los asuntos que se siguen en contra de WHITMAN PORRAS PÉREZ¹⁰, la Corte reiteró y consolidó la jurisprudencia que ahora rige en torno de la aplicación por favorabilidad de los descuentos que por allanamiento a cargos contempla la Ley 906 de 2004, a asuntos tramitados bajo la férula de la Ley 600 de 2000.

Y si bien, como lo sostiene de manera descontextualizada el recurrente, allí se le otorgó el descuento de la tercera parte que ahora depreca, ello vino consecuencia de estimar que por tratarse de una variación jurisprudencial apenas iniciada en ese asunto, no lo afectaría, aunque, también de manera expresa se dijo y ello debe ser conocido por la defensa, su aplicación operaría para los casos siguientes.

No es posible, en consecuencia, que ahora se muestre sorprendido el impugnante, o estime contradictorio que antes se le hubiese aplicado la reducción consagrada en la Ley 906 de 2004, cuando es lo cierto que el acta de aceptación de cargos para sentencia anticipada fue signada por el procesado meses después de haberse emitido la decisión de cambio jurisprudencial –el fallo en cuestión tiene fecha del 21 de febrero de 2018, y el acta de aceptación de cargos se adelantó el 23 de abril de 2018-.

Ello significa que el acusado conocía la primera decisión – precisamente porque se expidió en su contra- y los efectos que sobre aceptaciones futuras tendría, no obstante lo cual, con posterioridad se acogió a la sentencia anticipada, en la fase del juicio.

¹⁰ Radicado 50472, del 21 de febrero de 2018

La Corte, entonces, no tiene más que reiterar su cambio jurisprudencial, referido a que no es posible aplicar, por favorabilidad, los porcentajes de descuento que por allanamiento a cargos contempla la Ley 906 de 2004, a casos seguido dentro de los lineamientos de la Ley 600 de 2000, por dos razones fundamentales: (i) no se trata de dos institutos asimilables, la sentencia anticipada y el allanamiento a cargos, dado que el segundo hace parte del régimen de preacuerdos y debe examinarse de manera integral con estos y sus consecuencias, que no tienen referente en la Ley 600 de 2000; y (ii) la aplicación irrestricta y descontextualizada del porcentaje de reducción fijado en la Ley 906 de 2004, a casos seguidos en la Ley 600 de 2000, implica, o que se añadan también los incrementos dispuestos por la Ley 890 de 2004, en cuyo caso la sanción termina siendo mayor, o que se viole el principio de igualdad, pues, al no aplicarse dicho incremento de pena, la persona acogida en sede de Ley 600 de 2000, termina obteniendo un beneficio mayor que aquella sometida al régimen de la Ley 906 de 2004.” - (Negrillas fuera de texto).

En ese orden de ideas, si el *a quo* al determinar la pena a imponer al aquí acusado, partió de la establecida en el artículo 205 del C. Penal, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, esto es, de 128 a 270 meses de prisión, y si de ella derivó la sanción a fijar atendiendo el incremento de una tercera parte a la mitad por razón de la circunstancia agravante prevista en el numeral 2º del artículo 211 ibídem, en razón de tratarse el procesado el padrastro de la víctima, y si además a ello le incrementó la pena con fundamento en lo señalado en el artículo 31 sustantivo, por razón de la figura concursal, en ningún yerro se incurrió en la instancia que amerite su corrección, motivo por el cual la solicitud del apelante debe ser desatendida.

Más cuando las argumentaciones consignadas en el escrito de impugnación, no alcanzan a plantear una crítica concreta a las razones que obligan desatender el principio de favorabilidad en este asunto; solamente cita normas de orden constitucional y penal que

contemplan el principio de favorabilidad, para después sostener que este rige respecto de normas sustanciales y procesales.

Ahora, en cuanto el mismo censor alega violación al principio *nom bis in ídem*, toda vez que se está sancionando doblemente a su representado en razón de la aplicación de la causal 2 (sic) de agravación prevista en el artículo 211 del C. Penal, considerando se constituye simultáneamente en un elemento estructurante del tipo penal y a la vez en elemento para agravar la pena, concretada en que la víctima sea una persona en situación de vulnerabilidad por su condición de menor de 14 años, entiende la Sala habrá de referirse el apelante a la causal 4ª del citado artículo 211, imputada en la acusación que se refiere a que el delito se cometa en persona menor de 14 años de edad.

Sin embargo, esas manifestaciones no ofrecen contención alguna para ser dirimida en esta alzada, en razón a que como bien se observa en las motivaciones de la sentencia, el fallador no tuvo en cuenta dicha circunstancia para efecto del respectivo incremento punitivo y menos se refirió a ella en orden a explicar los motivos para excluirla, luego en esas condiciones, dicha situación no puede ser ventilada en esta sede, motivo suficiente para abstenerse la Sala de emitir pronunciamiento alguno sobre ese aspecto en especial.

Consecuente con lo anterior, de relacionarse el tema de impugnación con la causal 2ª de agravación a que alude el citado artículo 211 del C. Penal, no resulta ser cierto que la misma haga parte de la estructura del tipo penal descrito en el artículo 205 ibídem, toda vez que para ajustar el agente su comportamiento a dicha descripción típica, debe realizar el acceso carnal a otra persona mediante violencia, en consecuencia la conducta se agrava cuando el responsable de ese atentado contra la integridad sexual tuviere

cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza, como en este caso que el acusado era el padrastro de la víctima.

No obstante, como se dijo en líneas anteriores, las limitaciones impugnatorias que comporta la aceptación libre e informada de los cargos, en sede de sentencia anticipada, implica aceptar estos dentro de la dimensión exacta en que fueron formulados en la acusación.

Por ello, no es factible que por la vía indirecta de alegar el resultado *–dosificación de la pena–*, se introduzca una discusión evidentemente dirigida a controvertir la naturaleza de los cargos aceptados por el acusado. Al encaminar el recurrente esta primera controversia por el camino de la dosificación punitiva, es claro que ello deriva consecuencia de pretender eliminar de los cargos aceptados, la causal de agravación consignada en el numeral 2º del artículo 211 del C. Penal, con una clara intención de desdecir de lo aceptado de manera libre, consciente e informada, en abierta contradicción con las limitaciones impugnatorias consagradas en la ley, razón suficiente para que su cuestionamiento deba ser desestimado.

Ahora de buscar el recurrente la inaplicación de los incrementos en la referida Ley 890 de 2004, por cuanto no fue consignada en la acusación y, consecuentemente no hizo parte de los cargos aceptados, ello sí comporta legitimidad para discutirse en esta sede, dada la vulneración de garantías que eventualmente aparejaría, lo que en este preciso caso no se presenta como quedó visto con antelación, tampoco se observan causales que pudieran invalidar la actuación procesal en un determinado caso, máxime

cuando la sanción impuesta resulta coherente con los términos de la aceptación de cargos.

Finalmente, atinente al segundo aspecto de alzada relacionado con la negativa de la prisión domiciliaria, adviértase de un lado que, efectivamente la prohibición de subrogados y beneficios que se contienen en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 -Código de la Infancia y Adolescencia-, en este caso no se efectiviza, en razón a que los hechos investigados tuvieron ocurrencia tiempo antes a su entrada en vigencia, aspecto que viabiliza el análisis del caso frente a la posible procedencia de dicha sustitutiva penal.

En ese cometido se tiene que, al confrontar la situación del procesado PEÑA GONZÁLEZ con los presupuestos contenidos en el artículo 38 del C. Penal¹¹, vigente para la época de los hechos, lo cierto es que no se cumple con esa primera exigencia de carácter objetivo allí establecido, toda vez que la pena prevista en la ley para el delito de acceso carnal violento agravado imputado al aquí acusado, comporta una pena mínima en abstracto que supera ampliamente los cinco (5) años de prisión, sin que amerite el estudio de los demás requisitos de igual condición subjetiva, en razón a que su satisfacción debe ser plena y en forma concomitante.

¹¹ ARTÍCULO 38. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de residencia o morada del sentenciado, o en su defecto en el que el Juez determine, excepto en los casos en que el sentenciado pertenezca al grupo familiar de la víctima, siempre que concurran los siguientes presupuestos: **1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos.** 2. Que el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado permita al Juez deducir seria, fundada y motivadamente que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena. 3. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones: 1) Cuando sea del caso, solicitar al funcionario judicial autorización para cambiar de residencia. 2) Observar buena conducta. 3) Reparar los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo. 4) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello. 5) Permitir la entrada a la residencia a los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión y cumplir las demás condiciones de seguridad impuestas en la sentencia, por el funcionario judicial encargado de la vigilancia de la pena y la reglamentación del INPEC...” – (Negrillas fuera de texto).

Y, de otra parte, contrario a lo aducido por la defensa, tampoco resulta posible la aplicación de la prisión domiciliaria a que se contrae el artículo 38B del C. Penal, adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014, toda vez que el mismo no le resulta favorable si en cuenta se tiene que dicha disposición contempla dentro de los requisitos para su procedencia, que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos, tope que en este caso está superado ya que la penalidad señalada en la ley para el delito por el que procede, atendidos los incrementos contenidos en la Ley 890 de 2004 y que fueron tenidos en cuenta al dosificarla, en orden a obtener los descuentos punitivos por razón de la aplicación favorable del artículo 352 de la Ley 906 de 2004, acorde con los precedentes jurisprudenciales señalados, rebasa dicho límite.

Además, como la observancia de la disposición debe ser integral sin que admita tomar lo favorable de dos legislaciones enfrentadas y vigentes en su momento, impone tener en cuenta el segundo presupuesto a satisfacer, como es, no tratarse de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000¹², toda vez que en el presente evento, los “*delitos contra la libertad, integridad y formación sexual*” se encuentran inmersos dentro de ese listado de prohibiciones¹³, no resultando dable el análisis del tercer presupuestos habida cuenta de su concomitancia con los restantes requisitos.

Lo anterior resulta suficiente para que la Sala respalde la decisión de instancia, en lo que corresponde a la dosificación de la

¹² Adicionado por la Ley 1142 de 2007, art. 32, cuya entrada en vigencia es posterior a la de ocurrencia de los hechos.

¹³ Ver artículo 68A C. Penal, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014; modificado por el artículo 4 de la Ley 1773 de 2016; modificado por el artículo 6º de la Ley 1944 de 2018.

pena y la no concesión de la prisión domiciliaria, que fueron objeto de la alzada, atendiendo las consideraciones aquí plasmadas.

A mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IX. RESUELVE

CONFIRMAR la sentencia anticipada impartida en contra de NICOLÁS PEÑA GONZÁLEZ, de fecha y procedencia inicialmente anotadas, por las razones ampliamente expuestas en la motivación.

Contra este fallo procede el recurso de casación que podrá interponerse en los términos establecidos para el efecto en el artículo 210 de la Ley 600 de 2000, modificado por la Ley 1395 de 2010, artículo 101.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

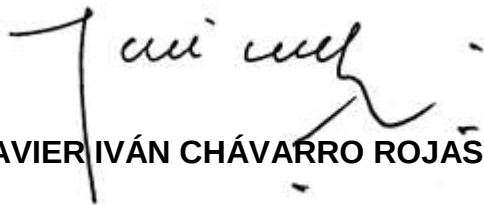


ÁLVARO ARCE TOVAR
(Providencia virtual) ¹⁴

¹⁴ Se implantan firmas digitalizadas o escaneadas de conformidad al ACUERDO PCSJA20-11567 del cinco de junio de 2020, Consejo Superior de la Judicatura. **“Artículo 22.** *Aplicativos de recepción de tutelas y hábeas corpus y de firma electrónica. Mientras dure la suspensión de términos, así como cuando ésta se levante, el envío de acciones de tutela y hábeas corpus seguirá haciéndose de manera electrónica. Para las firmas de los actos, providencias y decisiones se atenderá lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 491 de 2020 o las demás disposiciones que regulen el particular. Los servidores judiciales con condición de firmante institucional en la Rama Judicial harán uso de los mecanismos y herramientas de firma disponibles.*”



JOSÉ ENRIQUE JESÚS HERNANDO CABALLERO QUINTERO



JAVIER IVÁN CHÁVARRO ROJAS



LUISA FERNANDA TOVAR HERNÁNDEZ
Secretaria

RADICADO AL TOMO: ____ FOLIO: __ LIBRO DE SENTENCIAS PENALES.