

Proceso No 25918

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA

Aprobado acta No. 014

Bogotá, D. C., siete de febrero del año dos mil siete.

La Corte se pronuncia de fondo en sede de casación sobre la eventual violación de garantías fundamentales de los procesados JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN y CRISTINA ÁLVAREZ, en punto de la consideración por el juzgador de circunstancias genéricas de mayor punibilidad no imputadas expresamente en la acusación, y la individualización de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas que por el término de doscientos ochenta y nueve (289) meses les fue impuesta mediante fallos de primera y segunda instancia por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad.

Antecedentes.

1.- La cuestión fáctica, fue reseñada por los juzgadores de la manera siguiente:

“Originó el presente averiguatorio la denuncia instaurada por Luz Margarita Márquez Martínez, en la que da cuenta a la autoridad, de los abusos sexuales de los que han sido víctimas sus menores hijos J- E, J. A. y M. K., acciones que eran ejecutadas, cuando ella se ausentaba de su residencia, por parte de JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN con la

colaboración efectiva de CRISTINA ÁLVAREZ.

“Se sabe de autos, que la denunciante se enteró de las agresiones y vejámenes a que eran sometidos sus hijos, porque ellos le comentaron que ALFONSO y CRISTINA entraban en forma abusiva a la casa utilizando llaves, les ofrecían dulces, yogures y sustancias alucinógenas y los amenazaban con hacerles daño si llegasen a comentar lo que les estaba sucediendo, y además, porque J. A. presentaba sangrado en el pene y tenía dificultad para permanecer sentado y K. A. y J. E reportaban dolor recurrente en el recto y las piernas.

“Sometidos a diferentes exámenes médico legales, los infantes presentaban eritemas perianales y fisuras en ese punto, hallazgos compatibles con maniobras sexuales recientes y crónicas a ese nivel”.

2.- Asumido el conocimiento del asunto por la Fiscalía 109 Local de la Unidad Especializada de Delitos contra la Libertad Sexual y Dignidad Humana con sede en Bogotá, dispuso llevar a cabo investigación preliminar (fl. 12 cno. 1), y después de practicar algunas diligencias, la Fiscalía 229 de la misma especialidad decretó la formal apertura de investigación (fl. 48-1), en cuyo desarrollo vinculó mediante diligencia de indagatoria a los procesados JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN (fls. 58 y ss.-1) y CRISTINA ÁLVAREZ (fls. 193 y ss.-1), a quienes definió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (fls. 289 y ss.-2 y 1 y ss.-3).

3.- Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo (fls. 78-3), el diecinueve (19) de diciembre de dos mil tres (2003), calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra del procesado JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN por el concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, acto sexual violento agravado, suministro a menor de sustancias estupefacientes y lesiones personales; y a la procesada CRISTINA ÁLVAREZ por el concurso de delitos de acceso carnal

violento agravado, acto sexual con menor de catorce años agravado, suministro a menor de sustancias estupefacientes y lesiones personales, mediante determinación que cobró ejecutoria en esa instancia al no haber sido objeto de impugnación (fl. 154 cno. 3).

4.- El trámite del juicio correspondió asumirlo al Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito en donde después de haberse llevado a cabo la diligencia de audiencia pública, el treinta de noviembre de dos mil cuatro se puso fin a la instancia condenando a los procesados JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN y CRISTINA ÁLVAREZ a la pena principal de doscientos ochenta y nueve (289) meses de prisión y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, entre otras decisiones, a consecuencia de hallarlos penalmente responsables del concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, actos sexuales violentos agravados, suministro de sustancias alucinógenas a menor y lesiones personales, a ellos imputado en el pliego enjuiciatorio (fls. 120 y ss.).

Recurrida esta determinación por la defensa (fls. 144 y 145 cno. 4), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de fallo de segunda instancia proferido el treinta (30) de enero de dos mil seis (2006) resolvió confirmarla íntegramente, al conocer en segunda instancia de la impugnación interpuesta (fls. 19 y ss. cno. Trib.).

5.- Contra la sentencia de segunda instancia, la defensa de JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN oportunamente interpuso recurso extraordinario de casación, el que fue concedido por el ad quem (fl. 50 cno. Trib.), y presentó la correspondiente demanda (fls. 58 y ss.).

6.- Mediante providencia de veintiocho (28) de septiembre de dos mil seis (2006), la Sala decidió inadmitir la demanda de casación presentada, pero ordenó correr traslado de la actuación al Ministerio Público para que conceptuara sobre la eventual vulneración de las

garantías fundamentales del debido proceso y la legalidad de la pena, en lo relativo a la posible infracción del principio de congruencia al haberse deducido en el fallo circunstancias agravantes genéricas no especificadas en la acusación y la individualización judicial de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas (fls. 5 y ss. cno. Corte).

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal manifiesta que el juzgador de primera instancia, en la sentencia confirmada sin modificaciones por el Tribunal, en el proceso de dosificación de la pena fijó los extremos máximo y mínimo previstos para el delito que consideró de mayor gravedad, determinó el ámbito de movilidad y a la par que dio por establecida la existencia de la circunstancia de menor punibilidad a que se contrae el numeral 1º del artículo 55 del Código Penal por la carencia de antecedentes de los sentenciados, estimó la concurrencia de las circunstancias de mayor punibilidad previstas en los numerales 5º y 10 del artículo 58 ejusdem, todo lo cual llevó a la ubicación en el primer cuarto medio y dentro del mismo señaló la pena en relación con el delito de acceso carnal violento.

Señala que los juzgadores no advirtieron que la resolución de acusación no imputó expresamente los mencionados motivos genéricos de intensificación punitiva, como quiera que no se incluyó la respectiva nomenclatura legal, como tampoco del contexto se puede establecer que su propósito fuera atribuir las al inculpatado.

Considera que de lo anterior surge evidente el equívoco de la dosificación de la pena, porque al imputar el sentenciador las causales genéricas de mayor punibilidad desconoció el principio de congruencia que debe existir entre acusación y el fallo definitivo.

Advierte que el principio de garantía de consonancia entre la imputación delictiva y el

fallo que pone fin al juzgamiento, constituye base esencial del debido proceso porque el pliego de cargos es el marco conceptual fáctico y jurídico de la pretensión punitiva del Estado, y porque a partir de la acusación el procesado puede desplegar los mecanismos de oposición inherentes al ejercicio de su derecho de defensa, amén de que con ésta obtiene la confianza de que, no recibirá un fallo de responsabilidad por aspectos no previstos en esa resolución.

Precisa que en tratándose de circunstancias específicas de agravación de una determinada conducta punible, se ha sostenido que es imprescindible que en la actuación se encuentren debidamente demostradas y que su atribución en la acusación esté precedida de la necesaria motivación y valoración jurídico probatoria, toda vez que como elementos integrantes del tipo básico en particular, requieren de las mismas exigencias de concreción y claridad, con el fin de que el procesado no albergue duda sobre el cargo que enfrentará en el juicio o respecto de consecuencias punitivas en los eventos en que decide voluntariamente aceptar responsabilidad con miras a una sentencia anticipada, pues aquellas delimitan los extremos mínimo y máximo de la sanción a imponer.

Sostiene que en relación con las causales genéricas de mayor punibilidad, existe consenso en la jurisprudencia en cuanto a que aquellas deben ser atribuidas en la Resolución Acusatoria de manera expresa, tanto fáctica como jurídicamente sin que esto se traduzca en convertir en presupuesto de la imputación la enunciación numérica del texto legal, como quiera que para ello es suficiente la valoración objetiva y subjetiva de la circunstancia de mayor intensidad mediante raciocinios que no permitan duda acerca de su atribución, a efectos de que puedan ser consideradas en el fallo pues de lo contrario se atentaría contra el principio de congruencia.

Anota que “cuando el grado o quantum punitivo no corresponde según la ley, es obvio que se desconoce la legalidad de la pena y por eso es perfectamente explicable como

motivo de casación, y el efecto que debe producir es la aplicación de una pena menos gravosa”.

Considera que asimismo en el fallo se violó el principio de favorabilidad porque al determinar la duración de la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, se desconoció que la aplicación de la ley anterior le resultaba menos gravosa al procesado.

Indica que “ninguna duda existe que el apotegma jurídico en virtud del cual la ley se aplica a partir de y durante su vigencia, admite una importante excepción con fundamento en el contenido del artículo 29 de la Constitución Política, en cuanto ordena que las leyes penales sustanciales y procesales penales de efectos sustanciales favorables al procesado o condenado, necesariamente deben aplicarse con preferencia a aquellas desfavorables”.

En tal sentido señala que a partir de la vigencia de la Ley 599 de 2000, se estableció que la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas debía acceder a la de prisión por un tiempo igual y hasta una tercera parte más, siempre que se respete el límite mínimo de cinco años y el máximo de veinte.

En cambio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, la pena accesoria no podía, en ningún caso, tener una duración superior a diez años.

En este caso, dice, se evidencia en toda su manifestación que se debían integrar las disposiciones del antiguo y actual Código Penal, y dosificar la pena principal conforme al Código actual, y la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas con arreglo a la legislación derogada.

Con fundamento en lo expuesto, considera necesaria la intervención de la Corte para que

en uso de las facultades que le confiere el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, propenda por la salvaguarda de los derechos esenciales de los procesados y preserve los principios de congruencia y de favorabilidad.

Por esto, es del criterio que la Corte debe casar parcialmente la sentencia recurrida, y mediante la de sustitución redosifique la pena de prisión impuesta y también fije la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, hoy denominada inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas en un término no superior a 10 años (fls. 50 y ss. cno. Corte).

SE CONSIDERA:

Por razones metodológicas la Corte abordará primero el estudio de lo relacionado con la congruencia entre acusación y fallo, y a continuación se ocupará de lo relativo a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas.

1.- Incongruencia entre acusación y fallo.

La congruencia -ha sido dicho por la jurisprudencia de esta Corte- se predica entre la resolución acusatoria (el acto equivalente a ésta) o su variación en el juicio y la sentencia en sus aspectos personal (sujetos), fáctico (hechos y circunstancias) y jurídico (modalidad delictiva), a riesgo de que si alguno de ellos no guarda la debida identidad, se quebrantan las bases fundamentales del proceso y se vulnera el derecho a la defensa, en cuanto el procesado no puede ser sorprendido con imputaciones que no fueron incluidas en la acusación ni se le puede desconocer aquellas circunstancias favorables que redunden en la determinación de la pena (Cfr. Cas. feb. 11/04. Rad. 14343).

Este es el vicio que concurre en el presente evento. Para denotarlo, necesario resulta hacer las siguientes precisiones:

1.1.1.- En torno a la calificación jurídica de la conducta, en la resolución de acusación se indicó por el funcionario de instrucción:

“La conducta por la que se procede respecto de la actividad criminal endilgada a JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN, encuentra su adecuación típica provisional de la siguiente manera: en el Libro II, Título XI ‘DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL Y LA DIGNIDAD HUMANA’ artículo 298; ‘ACCESO CARNAL VIOLENTO’ modificado por la Ley 360 de 1997, el cual contempla pena de prisión de ocho (8) a veinte (20) años para sus infractores, conducta desplegada bajo las circunstancias de agravación punitiva previstas por el artículo 306 numerales 2 y 5 del C. P. y en concurso homogéneo y sucesivo, cometido en los tres menores de edad de acuerdo a los relatos por ellos efectuados.

“Sin embargo la Ley 599 de 2000, Nuevo Código Penal, establece en el Libro II, Título IV, ‘DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES’ artículo 205 ‘ACCESO CARNAL VIOLENTO’ pena de prisión de ocho (8) a quince (15) años para sus infractores. Bajo circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 211 numerales 2 y 4 ibídem. Y en concurso homogéneo y sucesivo.

“Así mismo infringe otras disposiciones, concursadas de manera heterogénea de la siguiente manera: de acuerdo a la normatividad anterior el ACTO SEXUAL VIOLENTO, estatuido por el artículo 299, que establece prisión de cuatro (4) a ocho (8) años de prisión; SUMINISTRO A MENOR, estatuido por la Ley 30 de 1986, en su artículo 37, que prevé prisión de seis (6) a doce (12) años, a quien suministre, administre o facilite a un menor de 16 años droga que produzca dependencia o induzca a usarla; y el establecido en delitos contra la vida e integridad personal, Título XII de la normatividad anterior, previsto en el artículo 332 inciso segundo, que prevé prisión de seis meses a tres años, por la intoxicación exógena causada en razón al consumo de los estupefacientes que les fueran suministrados por el señor VIZCAYA GUZMÁN y la señora CRISTINA ÁLVAREZ, situación

clínica que produjo hospitalización por 30 días y tratamiento posterior.

“Ahora bien, de acuerdo a la actual normatividad (Ley 599 de 2000), se tiene que el delito de ACTO SEXUAL VIOLENTO previsto por el artículo 206 establece prisión de tres a seis años, el delito de SUMINISTRO A MENOR, estatuido por el artículo 381, establece prisión de seis (6) a doce (12) años y las LESIONES PERSONALES QUE PRODUCEN INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD (art. 112), inciso primero, establece pena privativa de la libertad de uno (1) a dos (2) años.

“Como consecuencia, se tiene que la ley vigente (Ley 599 de 2000) le es más favorable en su aplicación a la conducta incriminada como ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO y en concurso homogéneo, sucesivo y heterogéneo con los punibles de ACTO SEXUAL VIOLENTO AGRAVADO, SUMINISTRO A MENOR, LESIONES PERSONALES QUE PRODUCEN INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD, a JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN y por ello será esta la que se tenga en cuenta para el análisis del presente asunto.

“En tanto que para CRISTINA ÁLVAREZ, se le indica de los punibles en concurso heterogéneo de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO, SUMINISTRO A MENOR y LESIONES PERSONALES, los cuales atendiendo al análisis anterior se tendrán en cuenta para su aplicación de acuerdo a la nueva normatividad, valga decir LEY 599 de 2000” (fls. 138 y ss. cno. 3).

1.1.2.- En la sentencia de primera instancia, en el acápite que allí se destinó a la “punibilidad” consideró el juzgador:

“El delito de acceso carnal violento agravado es el de mayor entidad, por lo tanto se tomará como base para tasar la sanción en el concurso de conductas punibles.

“Tal como lo establecen los artículos 60 y 61 (Fundamentos para la Individualización de la Pena) del C.P., la sanción a aplicar por el punible de Acceso Carnal Violento Agravado,

oscila entre un mínimo de 128 meses y un máximo de 270 meses. Establecido el ámbito punitivo de movilidad, en este caso 142 meses, se procede a dividir el mismo en cuartos, esto es, un cuarto mínimo, dos medios y un máximo, debiéndose establecer el que corresponda teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o material creado, la naturaleza de las casuales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella debe cumplir en el caso concreto.

(...)

“En este caso la pena aplicable por el delito de acceso carnal violento se ubicará en el primer cuarto medio, ya que concurren tanto circunstancias genéricas de atenuación como de agravación punitiva, pues de una parte, no obra en el expediente constancia de antecedentes penales en contra de los procesados (art. 55-1 C.P.), y por otra, el delito se cometió abusando de las circunstancias de superioridad sobre víctimas (art. 58-5 C.P.P.) y en coparticipación criminal (numeral 100 Ibídem), razón por la que inicialmente se les impondrá a los procesados una sanción inicial de ciento noventa (190) meses de prisión.

“Como nos encontramos frente a un concurso delictual homogéneo y heterogéneo, el quantum antes referido se aumentará en treinta (30) meses por el delito de acceso carnal violento agravado, veinticuatro (24) meses por acto sexual violento agravado, cuarenta y cuatro (44) meses por el ilícito de suministro de drogas alucinógenas a menor y un (1) mes por el reato de lesiones personales que producen incapacidad, para un total de pena definitiva de doscientos ochenta y nueve (289) meses de prisión, como sanción principal, los que se les impondrá a JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN y CRISTINA ÁLVAREZ como autores penalmente responsables de los delitos antes referidos.

“Por favorabilidad, no se les impone la pena de multa a los procesados por el delito

de Lesiones Personales que producen incapacidad menor de 30 días, por cuanto en el Código Penal actual no se contempla dicha sanción.

“Como pena accesoria se les impone la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual el de la pena principal impuesta” (fls. 135 y ss. cno. 4).

1.1.3.- El Tribunal, a su turno, al resolver la impugnación interpuesta por la defensa contra el fallo de primera instancia, decidió confirmarla íntegramente (fls. 19 y ss. cno. Trib.).

1.2.- Lo anterior indica, que el juzgador de primera instancia aplicó una circunstancia de atenuación y dos de mayor punibilidad, y así decidió ubicarse en el ámbito de los cuartos medios de movilidad para establecer los límites mínimos y máximos de la punibilidad correspondiente.

El Tribunal, por su parte, al pronunciarse en segunda instancia, no sólo no corrigió el anotado yerro sino que le impartió íntegra confirmación a la decisión recurrida, sin tomar en cuenta que la Fiscalía no había imputado a los acusados ninguna circunstancia de mayor punibilidad, sino sólo las específicas expresamente indicadas en la resolución acusatoria.

A este respecto es de advertir que el artículo 58 de la Ley 599 de 2000, al establecer cuáles son las circunstancias de mayor punibilidad, precisa que pueden ser imputadas “siempre que no hayan sido previstas de otra manera”.

Como ha sido dicho por la Sala, según de ello se da cuenta en la sentencia de casación proferida el veintinueve de junio de dos mil cinco dentro del radicado 18401, es

precedente judicial consolidado que las circunstancias objetivas y las subjetivas de agravación, tanto genéricas como específicas, dada la gran repercusión que tienen en la punibilidad, deben haber sido explícitamente formuladas fáctica y jurídicamente en la acusación para que puedan ser objeto de deducción en la sentencia, toda vez que ante determinada circunstancia, el solo enunciado en la resolución de acusación o su equivalente del supuesto fáctico que la configura, no resulta suficiente para que el juzgador se entienda facultado para imponerla, sino que se requiere de una valorada y expresa atribución, es decir, que no se abrigue duda alguna acerca de su imputación.

Resulta por tanto evidente que en el presente caso, los juzgadores al realizar el proceso de individualización judicial de la pena desbordaron el marco de la imputación jurídica contenido en la resolución acusatoria al incluir circunstancias de mayor punibilidad no previstas en ella. Esto dio lugar a imponer una pena superior a la que en derecho correspondía, pues para tales efectos se partió de los cuartos medios por concurrir circunstancias de atenuación y agravación punitiva, cuando lo procedente era ubicarse en el ámbito del cuarto inferior.

2.- Pena accesoria.

Tal cual en ocasiones anteriores ha sido dicho por la Sala¹, en ésta es de reiterarse que de conformidad con la preceptiva contenida en el artículo 29 de la Constitución, “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”; disposición que consagra el principio de legalidad de los delitos y las penas, el cual se erige como garantía para el procesado y para la comunidad, pues los ciudadanos tienen la certeza que en ejercicio del ius puniendi, el Estado sólo podrá sancionarlos en razón de la comisión de una conducta punible dentro de los límites cuantitativos y cualitativos establecidos en la ley, sin que estos puedan desbordarse a discreción o capricho de los funcionarios judiciales, pues un tal proceder comportaría no sólo violación del referido principio, sino también de los de igualdad de las personas ante

la ley y seguridad jurídica.

Acorde con la normativa sustancial vigente para la época en que las conductas materia de investigación y juzgamiento tuvieron realización, cuando la pena de interdicción de derechos y funciones públicas se impone como accesoria a la de prisión, su tiempo de duración debe ser igual a ésta, sin que pueda exceder de 10 años, según lo establecen los artículos 44 (modificado por el 28 de la ley 40 de 1993 y luego por el 3º de la ley 365 de 1997) y 52 del Código penal de 1980 aplicable al caso.

Los procesados JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN y CRISTINA ÁLVAREZ fueron condenados a la pena accesoria de inhabilidad par el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de doscientos ochenta y nueve meses (289), superando en catorce (14) años y un (1) mes la legalmente aplicable, lo que impone su corrección en sede extraordinaria.

3.- Consecuencias jurídicas.

Con el fin de salvaguardar las garantías fundamentales del debido proceso y el derecho de defensa establecidas en el artículo 29 de la Carta Política, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo 216 del Estatuto procesal, para corregir oficiosamente los desaciertos que vienen de ser reseñados.

3.1.- En principio, el ámbito punitivo para el delito de acceso carnal violento, definido por el artículo 205 de la Ley 599 de 2000, oscila entre ocho (8) y quince (15) años de prisión, o lo que es lo mismo entre noventa y seis (96) y ciento ochenta (180) meses de prisión, pero por razón de haberse ejecutado la conducta sobre personas menores de

doce años, y, por ende concurrir la circunstancia de agravación prevista por el artículo 211-4 de la Ley 599 de 2000, la pena se incrementa de la tercera parte a la mitad. Por lo tanto, aplicando los criterios establecidos en el artículo 60.4 del C.P., según el cual el menor aumento se aplica al mínimo ($96/3=32$ y $96+32=128$) y el mayor aumento al máximo ($180/2=90$ y $180+90=270$), se obtiene que la pena para el delito de acceso carnal violento agravado en este caso oscila entre 128 y 270 meses de prisión.

En tales condiciones, con respecto al delito de acceso carnal violento agravado el cuarto mínimo queda delimitado entre ciento veintiocho (128) a ciento sesenta y tres meses y medio (163.5) de prisión; los cuartos medios de ciento sesenta y tres meses y medio (163.5) y un (1) día a doscientos treinta y cuatro meses y medio (234.5); y el cuarto máximo de doscientos treinta y cuatro meses y medio (234.5 meses) más un (1) día a doscientos setenta (270) meses.

3.2.- Para el otro punible, vale decir, el acto sexual violento agravado, de que tratan los artículos 206 y 211.4 de la Ley 599 de 2000, la pena oscila entre cuatro (4) y nueve (9) años (o lo que es lo mismo entre 48 y 108 meses) de prisión. En tales condiciones, los cuartos serían los siguientes ($108-48=60/4=15$): El cuarto mínimo queda delimitado entre cuarenta y ocho (48) a sesenta y tres (63) meses; los cuartos medios de sesenta y tres (63) meses y un (1) día a noventa y tres (93) meses; y el cuarto máximo de noventa y tres (93) meses y un (1) día a ciento ocho (108) meses.

3.3.- Para el delito de suministro de drogas que producen dependencia a persona menor de edad, de que trata el artículo 381 de la Ley 599 de 2000, la pena oscila entre seis (6) y doce (12) años (o lo que es lo mismo entre 72 y 144 meses) de prisión. En tales condiciones, los cuartos serían los siguientes ($144-72=72/4=18$): El cuarto mínimo queda delimitado entre setenta y dos (72) a noventa (90) meses; los cuartos medios de noventa (90) meses y un (1) día a ciento veintiséis (126) meses; y el cuarto máximo de ciento veintiséis (126) meses y un (1) día a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

3.4.- Para el delito de lesiones personales con incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta días, de que trata el artículo 332 del Decreto 100 de 1980 (norma más favorable frente a lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley 599 de 2000), la pena oscila entre dos (2) meses y dos (2) años de arresto (o lo que es lo mismo entre 2 y 24 meses) de arresto. En tales condiciones, los cuartos serían los siguientes ($24-2=22/4=5.5$): El cuarto mínimo queda delimitado entre dos (2) a siete meses y medio (7.5 meses); los cuartos medios de siete meses y medio (7.5) más un (1) día, a dieciocho meses y medio (18.5 meses); y el cuarto máximo de dieciocho y medio meses (18.5) y un (1) día a veinticuatro (24) meses.

3.5.- Se advierte en este caso que en la resolución de acusación no se imputó de modo específico, claro e indubitable ninguna circunstancia genérica de agravación, o de mayor punibilidad según la terminología adoptada por la Ley 599 de 2000, ni se deduce ninguna de atenuación o de menor punibilidad. Tan sólo se citaron los tipos penales correspondientes a las conductas realizadas.

Luego, ni la agravante por el abuso de las condiciones de superioridad sobre las víctimas (art. 58.5 de la Ley 599 de 2000), ni menos aun la agravante por haber actuado en coparticipación criminal (ordinal 10, ejusdem), podían tenerse en cuenta por los juzgadores dado que ninguna de las dos fue mencionada expresamente en el pliego enjuicia torio.

De lo anterior resulta evidente que la movilidad para determinar la pena se halla enmarcada en los primeros cuartos de cada uno de los delitos realizados.

3.6.- Como quiera que el juzgador de primera instancia no partió del mínimo punitivo establecido para los cuartos medios dentro de los cuales individualizó la pena, sino que atendiendo los criterios fijados por el artículo 61 del Código Penal dicho mínimo lo incrementó en el 16.2% ($190-163.5=26.5$ y $26.5 \times 100/163.5=16.2\%$), teniendo en

cuenta la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o material creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o culpa concurrentes, la necesidad la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto” (fl. 137.138), este mismo parámetro habrá de ser el considerado por la Corte, máxime si respecto del mismo no se formuló reparo alguno por el casacionista, como tampoco se hizo en apelación.

Así en principio, para el caso concreto del delito de acceso carnal violento agravado el mínimo de ciento veintiocho (128) meses, de incrementarse en el 16.2% que para el caso serían veinte (20) meses y veintidós (22) días, arrojaría un parcial de ciento cuarenta y ocho (148) meses y veintidós (22) días.

3.7.- Dado que el artículo 31 del Código Penal prevé que en los casos de concurso de conductas punibles el procesado quedará sometido a la disposición sustancial que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que pueda ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas, pero en ningún caso podrá ser superior a 40 años para los eventos en que no resulta aplicable la Ley 890 de 2004; en este caso, habida cuenta que el delito más grave es el de acceso carnal violento agravado por el cual los procesados se harían acreedores a ciento cuarenta y ocho (148) meses y veintidós (22) días de prisión, éste será el quantum punitivo a partir del cual se establecerá la pena por razón del concurso con los demás delitos imputados a los procesados.

Ahora bien, cuando en sede de casación debe realizarse la redosificación punitiva por razón de un concurso de conductas punibles, al disminuirse la pena del tipo base del concurso, es decir, del que sirvió de referente para calcular el incremento por los comportamientos delictivos concurrentes, debe aplicarse a la nueva pena básica la misma proporción de aumento que se hizo al determinar originalmente la punibilidad, a riesgo,

en caso contrario, de llegar a aplicar una pena desproporcionada e ilegal.

Obedece esto a que en tratándose del concurso de conductas punibles, la punibilidad de los delitos concurrentes no es autónoma, sino que se determina con fundamento en la disposición que establezca “la pena más grave”, de manera que el quantum de la pena total para el concurso es el resultado de la del tipo base incrementada en un porcentaje de ella misma (“hasta en otro tanto”), pues el cálculo individual de la sanción de los comportamientos concurrentes, tan sólo sirve para establecer el límite que no puede verse rebasado por la suma aritmética de penas.

Así las cosas, la Sala no tendrá en cuenta los noventa y nueve (99) meses que determinaron los juzgadores por concepto del concurso de conductas punibles, pues para cumplir con dicho cometido en sede extraordinaria, resulta indispensable “establecer qué porcentaje se debe incrementar teniendo en cuenta los parámetros señalados por los jueces de instancia en el momento de individualizar la pena, para posteriormente incrementarla en la proporción fijada para el concurso de conductas punibles” como corresponde al criterio sentado por la jurisprudencia de esta Sala (Cfr. Cas. 27 de mayo de 2004. Rad. 19884).

En tales condiciones resulta evidente que los juzgadores llegaron al guarismo de doscientos ochenta y nueve (289) meses de prisión, partiendo de ciento noventa (190) meses por el delito de acceso carnal violento agravado, los cuales incrementaron en noventa y nueve (99) meses por el concurso con los de acceso carnal violento agravado (30 meses), acto sexual violento agravado (24 meses), suministro de drogas alucinógenas a menor (44 meses) y lesiones personales (1) mes, aumento éste que equivale a un 52.10% ($289-190=99 \times 100/190=52.10\%$).

3.8.- Como quiera que en sede casación la pena por el delito de acceso carnal violento agravado se fija en ciento cuarenta y ocho (148) meses y veintidós (22) días (4462 días),

el incremento a que se hace referencia en el artículo 31 de la Ley 599 de 2000, por virtud del concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, acto sexual violento agravado, suministro de sustancias estupefacientes a menor, y lesiones personales, equivale a ese 52.10% esto es, setenta y siete (77) meses y catorce (14) días de prisión (77.4 meses), para un total de doscientos veintiséis (226) meses y seis (6) días de prisión, siendo esta la pena que deben purgar los procesados JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN y CRISTINA ÁLVAREZ, como coautores del concurso de delitos a ellos imputado en la resolución acusatoria.

3.9. – Pena accesoria.

Acorde con la normativa sustancial por la que se rige el presente asunto, cuando la pena de interdicción de derechos y funciones públicas se impone como accesoria a la de prisión, su tiempo de duración debe ser igual a ésta sin que pueda exceder de diez años.

Los procesados JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN y CRISTINA ÁLVAREZ fueron condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el término de doscientos ochenta y nueve (289) meses, pena esta última que supera en catorce (14) años la legalmente aplicable.

Como ya ha sido advertido, con el fin de salvaguardar el principio de legalidad de las penas, establecido en el artículo 29 de la Carta Política, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo 216 del Estatuto Procesal de 2000, para corregir oficiosamente este desacierto.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, oído el concepto del Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. CASAR PARCIAL y OFICIOSAMENTE la sentencia recurrida. FIJAR, en consecuencia, en doscientos veintiséis (226) meses y seis (6) días de prisión que deben purgar los procesados JOSÉ ALFONSO VIZCAYA GUZMÁN y CRISTINA ÁLVAREZ y en diez (10) años la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas como autores penalmente responsables del concurso de delitos de acceso carnal violento agravado, actos sexuales violentos agravados, suministro de sustancias alucinógenas a menor y lesiones personales a ellos imputado en la resolución de acusación.

SEGUNDO. En lo demás el fallo se mantiene.

Contra esta decisión no proceden recursos. Devuélvase al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

Salvamento parcial de voto

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento parcial de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Cfr. por todas, Sentencia de casación de junio 8 de 2006. Rad. 24975.