

Proceso n.º 33256

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta # 28

Bogotá D.C., febrero dos (2) de dos mil once (2011).

VISTOS:

De oficio, se pronuncia la Sala sobre la posibilidad de casar la sentencia expedida el 2 de septiembre de 2009, mediante la cual el Tribunal Superior de Popayán confirmó la sentencia condenatoria dictada contra CARLOS ADRIANO MOSQUERA CABRERA por el Juzgado 2º Penal del Circuito de la misma ciudad.

ANTECEDENTES:

1. En Piendamó (Cauca), hacia las 9 de la noche del 11 de agosto de 2007, el mencionado realizó actos sexuales a la niña de 3 años de edad A.F.M.O., aprovechándose de que su compañera permanente y madre de la menor María Liliana Otero, la dejó a su cuidado.
2. El 14 de febrero de 2008 un Juzgado de Garantías declaró legal la retención y, acto seguido, en la misma audiencia, tuvo lugar la formulación de imputación y el

proferimiento de detención preventiva. El procesado no aceptó el cargo.

La acusación tuvo lugar el 6 de mayo de 2008 por la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años, agravada por la concurrencia de las circunstancias 2ª del artículo 211 del Código Penal y la prevista en el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006.

3. El 16 de junio de 2009, luego de las audiencias preparatoria y de juzgamiento, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Popayán condenó a MOSQUERA CABRERA a 8 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término por el cargo de la acusación, agravado únicamente en razón de la circunstancia contemplada en el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006. No se le concedió la condena de ejecución condicional ni la prisión domiciliaria.

4. El defensor apeló ese pronunciamiento y el Tribunal Superior de Popayán, a través del fallo recurrido en casación, expedido el 2 de septiembre de 2009, le impartió confirmación.

5. Por auto del 14 de diciembre de 2010 la Sala inadmitió la demanda presentada por el defensor del procesado MOSQUERA CABRERA, decisión frente a la cual no hubo petición de insistencia.

Se ordenó allí mismo que una vez en firme la providencia volviera el asunto al despacho del magistrado sustanciador para estudiar la viabilidad de la casación oficiosa.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. En la determinación antes mencionada, la Sala estimó procedente el examen de oficio de la posibilidad de amparar al procesado el derecho fundamental de legalidad, en razón de habersele imputado en la sentencia la agravante de punibilidad consistente en ser la víctima menor de 14 años.

Como ya se dijo, se atribuyó al procesado en la acusación la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años consagrada en el artículo 209 del Código Penal, agravada por la concurrencia de las agravantes de punibilidad previstas en el numeral 2º del artículo 211 ibídem y en el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006. Estas circunstancias las halló concurrentes el Juez de primera instancia, quien en lo que es de interés para la Sala expresó lo siguiente:

“La conducta desde la acusación fue calificada como ... artículo 209 del Código Penal, acto sexual abusivo con menor de 14 años, con la concurrencia de una agravante de las del 211, por el papel que cumplía dentro de esa incipiente célula familiar el acusado y la del artículo 200 de la Ley 1098 de 2000 (sic), que para la época de los hechos en agosto de 2007 ya estaba vigente, con las reglas de vigencia que estableció la misma Ley 1098. La primera circunstancia de agravación incrementa la pena en una proporción de una tercera parte a la mitad y la segunda la aumenta en el doble. (...). Específicamente la norma establece que cuando las conductas a que hace referencia el Código Penal en relación con menores ..., las respectivas penas se aumentan en el doble, entonces hay que coger los dos toques y aumentarlos en el doble. El ámbito punitivo de punibilidad, entonces, quedaría oscilando entre los 96 meses y los 180 meses. El Juzgado, pues, no podrá sumar ahí aritméticamente las dos circunstancias de agravación por la mecánica del cómputo de esas circunstancias específicas de agravación. Tenemos que aplicar una sola, la del artículo 200 de la Ley 1098. Todos sabemos que los incrementos no se calculan sobre los incrementos, se calculan es sobre la escala básica. Curiosamente aquí pues se da la circunstancia de que la segunda agravante aumenta la pena al doble y aumentar la otra daría lo mismo. Entonces por eso solamente calculamos una de las dos agravantes, la del artículo 200 de la Ley 1098. En este caso, el cuarto mínimo sería entre 96 y 107 meses, dentro de ese cuarto tenemos que movernos porque en la formulación de la imputación y en la formulación de la acusación no se incluyeron circunstancias

genéricas de agravación. Nosotros consideramos que por el lado del tope mínimo, es decir, 96 meses”1.

En torno a la imputación de la agravante punitiva del artículo 200 de la Ley 1098 de 2006, dijo el Tribunal:

“Al respecto, si bien es cierto en el escrito de acusación no se incluyó el agravante, en la audiencia de formulación, el señor Fiscal corrigió la acusación, registro 37:30, para señalar que le endilgaba la conducta descrita en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 211, causal 2ª, y la agravante del 200 de la Ley 1098 de 2006, es decir, suprimió la causal distinguida como 4ª del citado artículo 211 de la Ley 599 de 2000, que se le había elevado en el escrito de acusación, en aras de no violar el non bis in ídem, ya que se entendió que dicho artículo 200, en verdad había modificado el citado numeral 4º, relativo a la edad menor de 14 años de la víctima del abuso sexual”.

2. Se deducen, de lo precedente, dos conclusiones evidentes: 1) Al procesado le fueron imputadas en la sentencia las circunstancias de agravación previstas en los artículos 211-2 del la Ley 599 de 2000 y 200 de la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia. 2) En la dosificación punitiva, apoyado el juzgador en la improcedencia de realizar los dos incrementos punitivos, sólo tuvo en cuenta el contemplado en el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006.

El contenido de esta disposición es el siguiente:

“El artículo 119 de la Ley 599 de 2000 quedará así:

Artículo 119. Circunstancias de agravación punitiva. Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores, concorra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 104 las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Cuando las conductas señaladas en los artículos anteriores se cometan en niños y niñas menores de catorce (14) años las respectivas penas se aumentaran en el doble”.

Esta norma, sin duda, de ninguna forma admite el alcance que le dieron las instancias. La misma modificó las circunstancias de agravación punitiva establecidas en el artículo 119 del Código Penal para los delitos de lesiones personales descritos entre los artículos 111 y 118 del Código Penal. El precepto, antes del cambio legislativo, sólo contemplaba como razones para incrementar la pena de la tercera parte a la mitad, la concurrencia de cualquiera de los eventos relacionados en el artículo 104 de la Ley 599 de 2000 como agravantes de la conducta de homicidio. La variación introducida por el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006 consistió en incrementar las penas para los delitos de lesiones personales en el doble cuando las víctimas sean menores de 14 años.

Es un desacierto jurídico, por tanto, considerar que el reformado artículo 119 del Código Penal aplica a delitos distintos a los de lesiones personales y específicamente al de acceso carnal con menor de 14 años, el cual se agravaba por realizarse sobre persona menor de 12 años hasta que la Ley 1236 de 2008 estableció el parámetro en menor de 14 años y la Corte Constitucional, por violar esta nueva regla de incremento punitivo el principio non bis in ídem, la declaró inconstitucional a través de la sentencia C 521 del 4 de agosto de 2009, exclusivamente en relación con los artículos 208 y 209 del Código Penal.

Así las cosas, resulta procedente casar de oficio la sentencia para suprimir de la imputación la circunstancia de agravación prevista en el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006, por el cual se subrogó el 119 del Código Penal.

3. Como consecuencia de lo anterior, se redosificará la pena. El cálculo se hará por el mínimo resultante, respetándose así el criterio definido por la primera instancia al medir la

sanción. Así las cosas, en atención a que el delito de acto sexual con menor de 14 años, como lo concluyó el a quo, tenía contemplada para cuando sucedieron los hechos pena de prisión de 4 a 7 y medio años, al primer extremo –del cual se parte— se adicionará su tercera parte por encontrarse concurrente la causal de agravación 2ª del artículo 211 del Código Penal, es decir, tener el responsable una posición o carácter que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. La pena privativa de la libertad a imponer al procesado queda, entonces, en 64 meses y en el mismo término la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Se aclara que si bien es cierto esa agravante punitiva no jugó papel determinante en la fijación de la pena hecha por la primera instancia, eso obedeció a que al concurrir otra eventualidad de incremento punitivo, al Juez le pareció que sólo era posible aumentar la pena en razón de la última, por ser la de mayor intensidad y no resultar jurídicamente correcto la suma de ambas. En manera alguna ello pasó por falta de imputación de la circunstancia. Como se vio, se atribuyó en la acusación y se dedujo en la sentencia. Por ende, al tenerla en cuenta la Corte para decretar la pena no quebranta el debido proceso.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. CASAR OFICIOSAMENTE la sentencia impugnada, expedida por el Tribunal Superior de Popayán el 2 de septiembre de 2009, para suprimir de la imputación la agravante punitiva prevista en el artículo 200 de la Ley 1098 de 2006, mediante el cual se modificó el artículo 119 del Código Penal.

Como consecuencia, se fija la pena de prisión en 64 meses y en el mismo término la de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Las demás determinaciones del fallo se mantienen.

2. En contra de esta providencia no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ  
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS  
GUZMÁN

AUGUSTO J. IBAÑEZ

Cita medica

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS  
SOCHA SALAMANCA

JULIO

ENRIQUE

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 . La cita corresponde a lo dicho en la audiencia de lectura de fallo por el juzgador pues no aparece en las carpetas del proceso una copia escrita de la sentencia.