

Proceso nº 37317

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado acta Nº425

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011).

V I S T O S

La Sala se pronuncia de oficio en sede de casación, acerca de la eventual violación de garantías del procesado Moisés Cadena Herreño, con relación al fallo del Tribunal Superior de San Gil cuando, el 28 de junio de 2011, al revocar parcialmente la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con función de conocimiento de Vélez, lo halló responsable a título de autor de las conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años y accesos carnales abusivos con menor de catorce años, ambos agravados, en concurso homogéneo y sucesivo, y lo absolvió por la de acceso carnal violento.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

1. Los primeros fueron sintetizados por el juzgador de segunda instancia de la siguiente manera:

“Ocurrieron en el municipio de Barbosa. En fecha indeterminada del año 2002, la madre de

D.A.T.S. inició formalmente una relación de pareja con Moisés Cadena Herreño, al punto que decidieron convivir junto a la citada y otra hermana, la cual finalizó para el año 2009. A partir de 2002 y hasta octubre de 2007, año este en el cual D.A. cumplió catorce años, dada la confianza que se suscitó, Cadena Herreño en un comienzo la sometió a tocamientos obscenos en partes íntimas de su cuerpo como la vagina, para llegar con el tiempo a accederla carnalmente, todo cuando ella era menor de catorce años, pues nació el 2 de octubre de 1993, hechos que se consumaron reiteradamente”.

2. Por los anteriores hechos, la Fiscalía General de la Nación, el 16 de julio de 2010, presentó escrito de acusación contra Moisés Cadena Herreño por las conductas punibles de acceso carnal violento, actos sexuales abusivos con menor de catorce años y accesos carnales abusivos con menor de catorce años, los dos últimos agravados.

3. El expediente pasó al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Vélez, autoridad que el 1° de abril de 2011, dictó sentencia de primera instancia, en la que condenó al citado acusado a la pena principal de veinte (20) años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un lapso igual a la sanción privativa de la libertad, como autor de las infracciones enunciadas en precedencia.

Así mismo, negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria como sustitutiva de la carcelaria.

4. Apelado el fallo por el defensor, el Tribunal Superior de San Gil, el 28 de junio de 2011, al resolver el recurso, lo revocó parcialmente, en tanto absolvió al procesado por el punible de acceso carnal violento, pero mantuvo la condena por los demás delitos.

En consecuencia, lo condenó a la pena principal de trece (13) años y un (1) mes de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas por el mismo lapso, como autor de las conductas punibles de accesos carnales abusivos con menor de catorce años y actos sexuales abusivos con menor de catorce años, ambos gravados. En lo demás, lo confirmó.

5. Contra el fallo de segunda instancia, el defensor del enjuiciado en la oportunidad prevista en el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, presentó demanda de casación y esta Sala, mediante providencia del 21 de septiembre del año en curso la inadmitió, pero dispuso que una vez surtido el trámite del mecanismo de insistencia, retornara el proceso al despacho a fin de proveer de oficio, acerca de la posible vulneración de las garantías fundamentales del procesado, en lo atinente a la violación del principio de no reforma en peor, a lo cual se circunscribe.

## CONSIDERACIONES

1- De acuerdo con la providencia que inadmitió la demanda, en primer lugar, se hace imperioso verificar si en verdad ocurrió la violación a la citada garantía.

2. Recuérdesse que el juzgado condenó a Cadena Herreño a la pena de veinte (20) años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad, al hallarlo responsable de los delitos anunciados anteriormente.

Por su parte, el Tribunal consideró que la violencia no fue demostrada en el juicio oral, público y concentrado, en cuanto al acceso carnal, razón por la cual absolvió al acusado por este punible.

De tal manera, el sentenciador de segunda instancia procedió a determinar nuevamente la pena, en los términos conocidos.

Ahora bien, con el objeto de verificar la posible trasgresión del citado derecho

fundamental, surge indispensable revisar la dosificación de la sanción, así:

El juzgado partió del delito más grave según su naturaleza, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 31 del Código Penal de 2000, esto es, el de acceso carnal violento, modificado por la Ley 1236 de 2008, cuya pena de prisión oscila entre 12 y 20 años.

Cumplido lo anterior y conforme a lo establecido en el artículo 61 inciso 1°, de la Ley 599 de 2000, procedió a dividir el ámbito de punibilidad en cuartos. Como quiera que al procesado no se le atribuyó ninguna circunstancia de mayor pena, acertadamente dedujo que la sanción competía establecerse dentro del cuarto mínimo, es decir, entre 12 y 14 años.

Sin embargo, atendiendo los motivos de ponderación reglados en el artículo 61 inciso 3°, de la misma ley, advirtió que la pena por la mencionada conducta punible no podía fijarse en el mínimo del mencionado marco de punibilidad, dada la gravedad de los hechos, sino en trece años, es decir, en el 50% de ese cuarto.

Establecida la sanción para el punible más grave en 13 años, procedió a aumentar dos años más por los otros accesos carnales violentos cometidos en vigencia de la Ley 1236 de 2008; lo cual arroja una sumatoria 15 años.

Empero, por los accesos carnales abusivos con menor de catorce años, la anterior cifra la incrementó en un año (7.69%), por los accesos carnales violentos en vigencia de la Ley 599 de 2000 le sumó dos años más, y por los actos sexuales con menor de catorce años, los dos agravados, ocurridos entre 2002 y 2006 la incrementó en otros dos años (15.38%), para una total de 20 años de prisión.

Es decir, el fallador por los delitos de accesos carnales abusivos con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, ambos agravados, respecto al delito

más grave según su naturaleza realizó un aumento equivalente del 23.57%.

Por su parte, el Tribunal y por razón de la absolución del delito de acceso carnal violento, partió del punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, según lo estipulado en el artículo 208 de la Ley 599 de 2000, modificado por el 14 de la Ley 890 de 2004, cuya pena privativa de la libertad oscilaba entre 64 y 144 meses. No obstante, advirtió que en el comportamiento del acusado concurría la circunstancia de agravación punitiva reglada en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, que había sido atribuida en el escrito de acusación, razón por la cual fijó los extremos de la sanción de 85 meses y 10 días a 216 meses.

De tal manera, estableció el cuarto mínimo de 85 meses y 10 días a 118 meses.

Empero, según lo preceptuado en el artículo 61 inciso 3°, del Código Penal, determinó la pena en 97 meses de prisión.

Al anterior guarismo, por tratarse de un concurso de delitos, esto es, con el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales abusivos con menor de catorce años, hizo un incremento de 60 meses, esto es, un 61.85%, estableciendo la sanción definitiva intramural en 157 meses. En el mismo término fijó la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En tales condiciones, resulta claro que el Tribunal no respetó el porcentaje de los incrementos hechos a la sanción por el juzgado, respecto al “otro tanto” por razón del concurso de delitos, conforme a lo reglado en el artículo 31 del Código Penal, lo cual atenta contra el principio de no reforma en peor, máxime cuando la defensa fue el único sujeto procesal que recurrió el fallo de primera instancia, en tanto lo hizo por encima del determinado en el último despacho judicial citado, haciendo más gravosa la situación de Cadena Herreño, motivo por el cual, la Sala procederá a ajustar la pena de la siguiente manera:

La Corte partirá de la sanción determinada por la Corporación de segundo grado para el punible de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, esto es, 97 meses, guarismo que incrementará en 23.57%, quantum que dedujo el juzgado, es decir, 22 meses y 26 días, por lo otros punibles de la misma especie y por los actos sexuales con menor de catorce años, todos agravados, lo cual arroja una penalidad privativa de la libertad de 119 meses y 26 días de prisión.

En el mismo término se fija la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás el fallo no sufre ninguna modificación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

- 1 CASAR PARCIALMENTE y DE OFICIO la sentencia impugnada.

En consecuencia, se condena a Moisés Cadena Herreño a la pena principal de 119 meses y 26 días de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la privativa de la libertad, como autor de las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, ambos agravados, en concurso homogéneo y sucesivo.

2. En lo demás, el fallo no sufre ninguna modificación.

3. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO  
BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LEONIDAS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO  
PÉREZ

SIGIFREDO ESPINOSA

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ  
IBAÑEZ GUZMÁN

AUGUSTO

J.

comisión de servicio

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Impedido

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria