

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Aprobado Acta No. 226.

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de dos mil trece (2013).

VISTOS

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado DIEGO RAÚL RODRÍGUEZ OSTIOS, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el 22 de marzo de 2013, que confirmó el fallo proferido el 4 de octubre de 2012 por el Juzgado 4º Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, que condenó anticipadamente al citado procesado a las penas principales de 254 meses de prisión y multa de 50 s.m.l.m.v. y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el lapso de 20 años y la prohibición de residir o acudir al lugar de residencia de las víctimas y de aproximarse o comunicarse con las mismas y/o con los de su grupo familiar, por el mismo término de la pena impuesta, como autor de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo, actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo, y pornografía con menores de 18 años, en concurso homogéneo.

HECHOS Y DECURSO PROCESAL

1. En los fallos de instancia se narraron los hechos de la siguiente manera:

“Según el informe ejecutivo suscrito por el investigador del CTI Edgar Sánchez, el 13 de octubre de 2011 se supo, por una llamada telefónica anónima, que un profesor del Colegio Val, de nombre DIEGO RAÚL RODRÍGUEZ OSTIOS, de manera permanente ingresaba niñas menores de edad a su apartamento, ubicado en la carrera 61 No. 74 A -13 barrio Simón Bolívar. Se informó además que sostenía conversaciones telefónicas con distintas menores de edad en las redes sociales y que el sábado anterior había entrado con las niñas J.N.S.R. de doce años de edad, hija de Maryuri Rodríguez Ríos y Jaime Sneider Sanabria Rodríguez, y a M.C.D.M. de once años de edad, hija de Luz Marina Dias Miranda.

“En labores de verificación, el 14 de octubre siguientes se obtuvo comunicación con el señor Jaime Sneider, quien indicó estar adelantando gestiones para denunciar al profesor, que vivía en su misma casa. Afirmó este señor que al ingresar al cuarto de su hija, la vio acompañada de la hija de su actual compañera sentimental, sosteniendo una conversación a través de una red social con un hombre que se identificaba como el Teacher. Al verlo en el cuarto intentaron apagar el computador y al revisar la conversación, encontró manifestaciones tales como: “que quería que volviera a pasar lo que había pasado” y le preguntaba a su hija que si a la otra niña le habían gustado los besos y que le preguntara si quería más porque a él le habían dado “ganitas”. Al preguntarle a su hija “como de qué”, le contestó que de darle besos en el cuello, en los senos y en la cosa y otras cosas más. Al interrogar a su hija, le comentó que el profesor DIEGO RAÚL le había dicho que subiera con su hermanastra para que se besaran las dos con él, que subieron y que el profesor DIEGO RAÚL había besado a M.C.D.M. en el cuello, que le tocó los senos y la cola, y no conto más. Su compañera, enterada al día siguiente, indagó a las dos menores y J.N.S.R., le contó que sostenía una relación sentimental con encuentros sexuales con DIEGO RAÚL desde hacía seis meses. Destacó su progenitor que su hija tiene doce años, su hijastra once y DIEGO RAÚL 28 años de edad. Así mismo, contó que su hija señaló que Diego Raúl la había fotografiado haciendo poses con un objeto llamado botella, y que sostuvo relaciones orales, vaginales y anales.

“La menor les relató que en un encuentro con DIEGO RAÚL, al despedirse, éste la besó sorpresivamente. Cuando se volvieron a ver, él le preguntó que si le había molestado el beso, y como la niña le respondió que no, continuaron encontrándose en la escalera hasta que en marzo la invitó a su apartamento, donde luego de besarla le bajó los pantalones, se puso un condón y la penetró. Así duraron hasta que DIEGO RAÚL le manifestó, a través de la red social que utilizaban frecuentemente, que la próxima vez harían el amor completo, es decir, sin ropa, pues solamente lo habían hecho quitándole los pantalones.

“Un día la convenció de dejarse fotografiar con uniforme, desnuda y de diferentes maneras, haciendo el amor y también le hizo videos con él y sola, utilizando un elemento adicional al que llamaban botella; fotos y grabaciones que utilizaba para su uso personal y para utilizarlas cuando no estuviera con él. De ello quedó constancia en la red social de Facebook.”

2. El 25 de mayo de 2012, ante el Juzgado 8º Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, la Delegada del ente acusador formuló imputación contra DIEGO RAÚL RODRÍGUEZ OSTIOS por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo, actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo, y pornografía con menores de 18 años, en concurso homogéneo, cargos a los cuales se allanó el imputado.

El 17 de septiembre de 2012, ante el Juez Quinto Penal del Circuito de Bogotá, se llevó a cabo la audiencia de individualización de pena y sentencia, y el 4 de octubre siguiente se procedió a dar lectura al fallo respectivo, el cual, al ser apelado por el procesado, dio lugar al fallo de segunda instancia emitido el 22 de marzo de 2013, que confirmó la decisión impugnada.

Contra la sentencia de segunda instancia, el defensor de DIEGO RAÚL RODRÍGUEZ OSTIOS presentó demanda de casación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El defensor formula un único cargo al amparo de la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, alegando la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 3º del Código Penal, que establece el principio de proporcionalidad de la pena.

En orden a fundamentar su propuesta, el censor se refiere al concepto de proporcionalidad trayendo a colación jurisprudencia constitucional y penal, para concluir que en este caso, al momento de aplicar los aumentos por el concurso de delitos, el fallador aplicó indebidamente el principio de proporcionalidad, porque sólo analizó la relación entre infracción y sanción, sin tener en cuenta la línea jurisprudencial que abrió camino a un sentido más amplio de ese principio, atendiendo a sus tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, limitándose a verificar “la gravedad y la naturaleza del delito que exige un mayor reproche de la conducta del implicado”, impactando negativamente el derecho fundamental a la libertad personal de su representado.

Cita la sentencia de casación del 27 de febrero de 2013, dentro del radicado No. 33.254, para destacar que el aumento de penas consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, surgió con la finalidad de permitir la aplicación de acuerdos y preacuerdos con la Fiscalía.

Por lo tanto, como el artículo 199-7 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe las rebajas de pena con base en los preacuerdos y negociaciones, entre otros, para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes, pide que se aplique a este caso, por analogía, el antecedente jurisprudencial arriba citado, que propugna por la no aplicación del aumento general de penas para los casos donde existe prohibición de rebaja de penas por tales conceptos.

Insiste en que el Tribunal, al confirmar el fallo de primera instancia, aplicó de manera indebida el principio de proporcionalidad de la pena, al desconocer la finalidad del incremento consagrado en el mencionado artículo 14 de la Ley 890 de 2004, dando lugar a la imposición de una pena excesiva e innecesaria, afectando gravemente los derechos del procesado DIEGO RAÚL RODRÍGUEZ OSTIOS, razón por la cual el error es trascendente.

Pide, en consecuencia, que se case la sentencia y en su lugar se redosifique la pena impuesta, para que el aumento por el concurso con los delitos de acto sexual abusivo con menor de 14 años y pornografía con personas menores de 18 años, no exceda los 10 meses para cada uno, los que sumados a la pena básica por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, esto es, 154 meses de prisión, arrojaría una pena de 174 meses, que consulta el principio de proporcionalidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La postulación del recurso extraordinario de casación, insiste la Sala, obedece a la necesidad de denunciar y demostrar la objetiva transgresión de la ley por el fallo, razón por la cual la demanda que sustenta la impugnación necesariamente debe cumplir ciertos requisitos de forma y contenido, establecidos por el artículo 183 de la Ley 906 de 2004, a fin de que pueda ser admitido por la Corte, sin perjuicio de la facultad oficiosa que tiene la misma para decidir de fondo.

En el único cargo contenido en la demanda, el casacionista denuncia violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 3º del Código Penal, planteamiento que no tiene ninguna vocación de prosperidad por las siguientes razones:

Dentro de la división tripartita de los sentidos de la violación directa en aplicación indebida, falta de aplicación e interpretación errónea, la Corte ha precisado que la primera opera cuando el juzgador deja de emplear el precepto que regula el asunto; la segunda deviene de la errada elección por el fallador de una disposición que no se ajusta al caso, con la consecuente inaplicación de la norma que recoge de forma correcta el supuesto fáctico; la última, en cambio, parte de la acertada selección de la norma aplicable al asunto debatido, pero conlleva un entendimiento equivocado de la misma, que le hace producir efectos jurídicos que no emanan de su contenido.

En el caso sometido a examen de admisión, se advierte que entre la postulación y la fundamentación del cargo el demandante quebrantó el principio de no contradicción, toda vez que si bien hizo expresa acusación por la aplicación indebida del artículo 3º del Código Penal, lo que implicaría entender que el sentenciador utilizó equivocadamente esta norma porque no regulaba el asunto objeto de debate, su queja, en realidad, se dirige a indicar que la aplicación de este precepto, con la que está de acuerdo, no puede interpretarse como lo hizo el juzgador, porque en el aumento de penas por el concurso debió considerar todas las aristas del principio de proporcionalidad -idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto- y no limitarse a considerar “la gravedad y la naturaleza del delito que exige un mayor reproche”, postura que, entonces, se encamina, más bien, a una presunta interpretación errónea de la norma, que en todo caso, no postuló en tan precisos términos.

Pero además, el punto central de la pretensión del censor se dirige a obtener que se aplique a este caso el precedente contenido en la sentencia de casación del 27 de febrero de 2013, radicado No. 33.254, en el que se concluye, en términos generales, que si el aumento genérico de penas incorporado al ordenamiento jurídico a través del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, únicamente encuentra justificación en la concesión de rebajas de pena por la vía de los allanamientos o preacuerdos regulados en la Ley 906 de 2004, el mismo se ofrece injustificado en los delitos previstos en el artículo 26

de la Ley 1121 de 2006, para los cuales se incorporó la prohibición legal de cualquier rebaja de pena por aceptación unilateral o negociada de cargos, razón por la cual, en los delitos de extorsión, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación y su aplicación conculca la garantía de proporcionalidad de la pena.

Sin embargo, tal situación jurídica no encaja en este caso, donde los preceptos aplicados para determinar la pena impuesta al procesado DIEGO RAÚL RODRÍGUEZ OSTIOS no tienen nada que ver con el aumento previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

En efecto, los hechos que motivaron la acusación y condena por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (artículo 208 del Código Penal), actos sexuales con menor de 14 años (artículo 209 ibídem) y pornografía con personas menores de 18 años (artículo 218 ibídem), ocurrieron en el segundo semestre de 2011, fecha para la cual se hallaba vigente la Ley 1236 de 2008, que introdujo una nueva penalidad para tales conductas, dejando atrás el aumento general que estableció el legislador a través de la Ley 890 de 2004 respondiendo a otras necesidades de la política criminal estatal.

Y como fue con base en esa nueva ley que se tasó la pena impuesta al procesado, tal como se lee a partir de la página 4 del fallo de primera instancia, que en tal aspecto conforma una unidad inescindible con el de segunda, ninguna aplicación puede tener en este caso la solución avalada en el precedente citado, máxime cuando la nueva determinación de las penas aplicables para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, obedece a otras razones de política criminal, completamente distintas a aquella que motivó el aumento general de penas establecido en la ya mencionada Ley 890 de 2004, pues la Ley 1236 de 2008 tuvo como único propósito

castigar con mayor drasticidad los abusos sexuales como una forma de combatirlos, sin que contara en ello la posibilidad de llevar a cabo acuerdos o preacuerdos, de cuya prohibición legal para los casos donde la víctima fuese un menor, era consciente el legislador, pues esta fue introducida a partir de la Ley 1098 de 2006, esto es, con anterioridad al señalamiento de las nuevas penas para los delitos sexuales.

En tales condiciones, por ser completamente improcedente la pretensión del censor, la demanda no justifica un estudio de fondo.

Otras determinaciones

1. De la insistencia

Al demandante se le advertirá que contra este proveído procede el mecanismo de insistencia con base en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004 y en los términos decantados por la jurisprudencia de la Sala.

1. De la posibilidad de casar oficiosamente

Según la facultad que le otorga el inciso 3º del artículo 184 del Código de Procedimiento Penal, la Corte, atendiendo los fines de la casación, tiene sentado que le surge el deber de actuar oficiosamente cuando advierta la necesidad de hacer efectivo el derecho material, preservar o restaurar las garantías de los intervinientes, reparar los agravios inferidos a éstos o unificar la jurisprudencia. Ello, se aclara, sin que medie la realización de la audiencia de sustentación a que se refiere el inciso final de la norma citada, en cuanto el adelantamiento de ésta se halla condicionado a una demanda que por haber sido

presentada en forma, fue admitida, lo que no ocurre en el presente asunto.

En este caso aparece necesario determinar si los juzgadores pudieron haber desconocido las formas propias del juicio y las garantías que le asisten al acusado DIEGO RAÚL RODRÍGUEZ OSTIOS, porque al dosificar una de las sanciones, desconocieron el principio de legalidad.

Por lo tanto, una vez quede en firme esta providencia, la actuación regresará al despacho del Magistrado Ponente para que estudie la posibilidad de la casación oficiosa.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del procesado DIEGO RAÚL RODRÍGUEZ OSTIOS, por las motivaciones plasmadas en el cuerpo del presente proveído.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia contra la anterior determinación.

3. En firme este proveído, regrese la actuación al Despacho del Magistrado Ponente para que sopesa la posibilidad de la casación oficiosa.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO A. CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria