

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP-116482015

Radicación nº 46.482

(Aprobado Acta No. 356)

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

De acuerdo con lo advertido en el auto AP-5194-2015 que inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de SMPM, de manera oficiosa, se pronuncia la Corte frente a la sentencia dictada el 14 de mayo de 2015 por la Sala de Decisión Penal Dos del Tribunal Superior de Bogotá, que revocó la de carácter absolutorio proferida el 16 de diciembre de 2014 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, con funciones de conocimiento, de la misma ciudad y, en su lugar, lo condenó por la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, en calidad de autor.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. En la ciudad de Bogotá, entre los años 2001 –época para la cual la niña tenía 5 años de edad- y julio de 2010, la menor L.V.C.G., nacida el 8 de noviembre de 1996, fue objeto

de múltiples tocamientos en su zona genital, tanto por encima como por debajo de sus prendas de vestir por parte de SMPM, esposo de su tía paterna.

Los actos sexuales, generalmente, ocurrieron en la residencia del procesado, cuando con frecuencia –fines de semana y reuniones sociales-, la pequeña concurría a esa vivienda para visitar a su tía y a sus primas.

Cuando la niña alcanzó los 14 años, contó lo que le había sucedido a su tía materna, YRGB, razón por la que ésta denunció lo acontecido ante la Fiscalía General de la Nación¹.

2. El 27 de diciembre de 2012, ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bogotá, la Fiscalía 233 Seccional de esta ciudad le imputó a SMPM el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, previsto en los artículos 209, 211.2, de la Ley 599 de 2000, cargos que no fueron aceptados por el procesado².

3. En la misma fecha se presentó el escrito de acusación³ y la audiencia de formulación correspondiente se llevó a cabo el 19 de marzo siguiente ante el Juez Séptimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la capital⁴.

4. La audiencia preparatoria se surtió el 3 de septiembre posterior⁵ y el juicio oral se desarrolló en varias sesiones: 24 de octubre⁶, 25 de febrero⁷, 28 de abril⁸, 26 de agosto⁹ y 29 de septiembre de 2014¹⁰. Al cabo de la última, se anunció que el sentido del fallo era absolutorio.

5. Mediante sentencia del 16 de diciembre de 2014, el Juez de conocimiento absolvió a SMPM del cargo imputado¹¹.

6. Recurrido el fallo por los representantes de la Fiscalía y de la víctima¹², el 14

de mayo de 2015, la Sala de Decisión Penal Dos del Tribunal Superior de Bogotá lo revocó para condenar a PM, en calidad de autor, del injusto de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, a la pena principal de ciento noventa y cuatro (194) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico término que la sanción aflictiva de la libertad. Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria¹³.

7. El procesado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación¹⁴ y su defensora presentó, en tiempo, el libelo respectivo¹⁵.

8. Mediante auto AP-5194-2015, la Sala de Casación Penal inadmitió el libelo y dispuso que, en firme esa decisión y cumplido el trámite de insistencia, regresara el expediente al despacho del Magistrado Ponente para emitir pronunciamiento oficioso acerca de la posible vulneración de garantías fundamentales.

CONSIDERACIONES

Vencido en silencio el término de ley para intentar el mecanismo de insistencia, la Corte se centrará exclusivamente en el tema enunciado en auto AP-5194-2015, esto es, en verificar si el Tribunal vulneró el principio de legalidad en la dosificación de la pena de prisión al dejar de aplicar la norma que regía para la época de los hechos, por lo menos respecto de algunos de los delitos concursantes de manera homogénea, ejecutados antes de la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008.

Para responder a este interrogante, se debe partir por precisar que, si bien la acusación y las sentencias no permiten establecer, con absoluta fidelidad, la fecha cierta de cada una de las acciones típicas jurídicamente reprobadas, en todo caso, se sabe que los actos sexuales agravados¹⁶ se perpetraron entre el 1º de enero de 2005 -fecha de entrada en vigencia, en la ciudad capital, del sistema penal acusatorio (artículo 530 de

la Ley 906 de 2004)- y julio de 2010, mientras la niña tenía 13 años, de acuerdo con los datos suministrados por ella y por la Fiscalía¹⁷.

Por estos hechos, el ad quem le impuso al sentenciado la pena de 194 meses de prisión -144 por el delito base (mínimo previsto para la infracción penal, de conformidad con los artículos 209 y 211.2 de la Ley 599 de 2000, con las modificaciones introducidas por los cánones 5 y 7 de la Ley 1236 de 2008) y 50 más por los punibles concursantes homogéneamente- y el mismo tiempo de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Siendo lo anterior así, se tiene que si bien no hay lugar a modificar el monto del punible base de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, porque por lo menos alguno de ellos se ejecutó en vigencia de la Ley 1236 de 2008 -entre el 23 de julio de 2008 y el 7 de noviembre de 2008¹⁸, por un lado, y el 8 de noviembre de 2009 y julio de 2010¹⁹ por el otro-, la pena sí debe sufrir modificación en torno a los reatos concursantes -de manera homogénea-, cometidos cuando regían los artículos 208 y 209 del Estatuto Sustantivo, con el sólo incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

En verdad, se observa que, siendo el injusto de actos sexuales con menor de catorce años una conducta de ejecución instantánea, su agotamiento ocurre en un solo momento, porque inicia, se realiza y consuma en una acción que abarca un instante y lugar; luego, respecto de los delitos perfeccionados antes de que entrara a operar la Ley 1236 de 2008, esto es, el 23 de julio del mentado año²⁰, el juzgador colegiado estaba impedido para imponer las sanciones conforme a esa normativa, pues, se recaba, debía atenerse a la ley vigente al tiempo de los hechos, que, entonces, era la Ley 599 de 2000, artículos 208 y 209, con el incremento autorizado por el canon 14 de la Ley 890 de 2004.

Entonces, si existe evidencia de que, la mayoría de los comportamientos delictivos se ejecutaron entre el año 2005 y el primer semestre del 2008, es claro que la colegiatura quebrantó el principio de legalidad de las penas cuando, al tasar el monto correspondiente a los concursos homogéneos, aplicó, indistintamente, el régimen descrito en la Ley 1236 de 2008, claramente, más gravoso que el original con el aumento punitivo generalizado de la Ley 890 de 2004.

En ese orden, para corregir el yerro del sentenciador y restablecer las garantías vulneradas al procesado, a falta de algún criterio específico del juzgador que permita establecer el monto impuesto por cada uno de los actos sexuales que concursan de forma homogénea, la Corte, luego de establecer la cantidad de tiempo en que los delitos se ejecutaron, identificará los concernientes a antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1236, a fin de redosificar, exclusivamente, el quantum correspondiente al tramo inicial.

Así, se tiene que todas las acciones típicas desplegadas por el acusado se desarrollaron en un período de 54.89 meses, pues, las ejecutadas en el primer período, entre el 1 de enero de 2005 y el 22 de julio de 2008 suman un espacio de tiempo de 42.7 meses, es decir, 77.79%²¹, mientras que las cometidas en vigencia de la Ley 1236 de 2008, entre el 23 de julio de 2008 y el 7 de noviembre del mismo año, por un lado, y el 8 de noviembre de 2009 y el 30 de julio de 2010, por otro, alcanzan los 12.19 meses, o sea, 22.2%²².

Lo anterior significa que si la magistratura tasó en 50 meses de prisión todos los delitos imputados en forma concursal homogénea, entonces, por los de la primera fase de ejecución de los punibles, impuso 38.89 meses, y por los de la segunda, 11.1 meses.

Como el único período objeto de la redosificación debe ser el primero, porque, se insiste, para ese momento no estaba rigiendo la Ley 1236, la Sala tomará como base,

respecto de ese tramo, la pena mínima²³ para el punible de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, conforme a los artículos 209 y 211.2 originales, con el único aumento de la tercera parte, de que trata el precepto 14 de la Ley 890 de 2004, es decir, 64 meses, y los correlacionará con la sanción de 144 meses, mínima para el mismo punible pero con el incremento indebido de la Ley 1236, a fin de establecer que, los referidos 38.89 meses, se deben reducir, por ende, a 17.28 meses de prisión²⁴.

De este modo, se mantiene intacta la pena de 144 meses por el delito base y la de los punibles concursantes por el período de vigencia de la Ley 1236 de 2008, en cantidad de 11.1 meses, valores a los que se debe adicionar 17.28 meses por el espacio de tiempo regido por la Ley 599 de 2000, con el incremento de la Ley 890 de 2004, para un monto total de 172.38 meses o, lo que es igual, ciento setenta y dos (172) meses y once (11) días de prisión, mismo término al que se reduce la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo demás, el fallo de segundo grado se mantiene incólume.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Casar oficiosa y parcialmente la sentencia del 14 de mayo de 2015 por la Sala de Decisión Penal Dos del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de fijar las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, impuestas a SMPM, en ciento setenta y dos (172) meses y once (11) días. En lo demás, se mantiene incólume.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

Presidente

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Se precisa que en este proceso únicamente se investigaron y juzgaron los hechos ocurridos en vigencia de la Ley 906 de 2004, tal como se anuncia en el escrito de acusación a folio 30 de la carpeta. Así mismo, es de aclarar que la menor, en el juicio oral, manifestó que las conductas punibles cesaron durante el tiempo que ella alcanzó los 12 años y se reiniciaron cuando cumplió los 13, mientras tenía esa edad, pero el ente acusador estableció como fecha de culminación de las acciones criminales, el mes de julio

de 2010.

2 Cfr. folios 25-26 de la carpeta.

3 Cfr. folios 27-31 ibidem.

4 Cfr. folios 41-43 ibidem.

5 Cfr. folios 57-60 ibidem.

6 Cfr. folio 78 ibidem.

7 Cfr. folio 96 ibidem.

8 Cfr. folio 109 ibidem.

9 Cfr. folio 122 ibidem.

10 Cfr. Cd de alegatos de cierre.

11 Cfr. folios 134-156 de la carpeta.

12 Cfr. folios 159-171 y 172-176 ibidem.

13 Cfr. folios 17-48 del cuaderno del Tribunal.

14 Cfr. folio 50 ibidem.

15 Cfr. folios 62-104 ibidem.

16 Se recuerda que los actos delictivos iniciaron el 8 de noviembre de 2001, época para la cual la víctima tenía 5 años, pero los ocurridos entre esa fecha y el 2004 no fueron investigados en este proceso.

17 Así se lee en el escrito de acusación a folio 30 de la carpeta.

18 Recuérdese que la menor aseguró en el juicio oral que mientras tuvo 12 años de edad, el procesado cesó las conductas libidinosas en su contra, las que solo se reiniciaron una vez alcanzó los 13 años de edad.

19 Se precisa que si bien el ad quem alude a julio de 2009, en realidad, se trata de julio de 2010 porque la conducta también se realizó mientras ella tenía 13 años, los cuales cumplió el 11 de noviembre de 2009 y siguió contando con ellos por un año más. No obstante, también, en este punto, es necesario puntualizar que el límite fijado por el ente acusador fue julio de 2010.

20 De acuerdo con el artículo 14 de la Ley 1236 de 2008 «La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias», promulgación que ocurrió el 23 de julio de ese año, conforme al Diario Oficial No. 47.059 de dicha fecha.

21 Producto de la siguiente operación matemática: $42.7 \times 100\% \div 54.89 = 77.79\%$.

22 Producto de la siguiente operación matemática: $12.19 \times 100\% \div 54.89 = 22.20\%$.

23 Considerando que para dosificar la pena por el delito base el Tribunal impuso el mínimo punitivo previsto en los artículos 209 y 211.2 del Código Penal, modificados por los cánones 5 y 7 de la Ley 1236 de 2008.

24 La operación aritmética es la siguiente: $38.89 \text{ meses} \times 64 \text{ meses} \div 144 \text{ meses} = 17.28 \text{ meses}$.