

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP4393-2018

Radicación N° 53142

Aprobado en Acta No. 358

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

ASUNTO

La Sala se pronuncia sobre la demanda de revisión presentada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 13 de octubre de 2009, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot el 23 de julio del mismo año, a través del cual condenó a JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA a la pena principal de 15 años de prisión como autor responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS

Fueron consignados en el fallo de primera instancia así:

El 2 de septiembre de 2008, JOSÉ EDILFONSO BERNAL FONSECA tuvo conocimiento que su menor hijo A.S.B.1 de 8 años de edad era objeto de manipulaciones sexuales por parte de JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA, los cuales se venían presentando de tiempo atrás en inmediaciones de la vereda “Copó” del municipio de Tocaima y en la finca “Las Minas” de la

misma vereda, siendo el 2 de septiembre de 2008 la última vez que JOSÉ BENICIO manipuló el pene del pequeño con su boca, siendo observado en esa ocasión por vecinos del sector.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 4 de diciembre de 2008, el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de Tocaima- Cundinamarca libró orden de captura en contra de JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA.

2. El 22 de diciembre de 2008, el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías legalizó la captura de HERNÁNDEZ FONSECA, avaló la imputación que la Fiscalía le realizó como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años con circunstancias de agravación, conforme a los artículos 209 del C.P., con la modificación de la Ley 236 de 2008 y agravado conforme con el artículo 211 del Estatuto Punitivo.

Así mismo, le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario. Decisión que fue confirmada por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Girardot el 29 de enero de 2009.

3. El 15 de enero de 2009, la Fiscalía radicó escrito de acusación en contra de JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años, previsto en el artículo 209 C.P., con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211-4 del C.P. por cuanto la víctima tenía 8 años para la fecha de los hechos; normas modificadas por la Ley 1236 de 2008.

4. Asignado el asunto al Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardot-Cundinamarca, el 12 de febrero de 2009 celebró audiencia de acusación, en la que la Fiscalía acusó a JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA en los mismos términos contenidos en el escrito de acusación.

5. El 19 de marzo de 2009 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y el 23 de abril del mismo año se realizó el juicio oral, al cabo del cual se anunció que el sentido del fallo sería de carácter condenatorio.

6. El 16 de junio de 2009 se dio lectura al fallo, mediante el cual JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA fue condenado como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años con la circunstancias de agravación punitiva prevista en el artículo 211-4 C.P., modificado por la Ley 1236 de 2008.

7. Apelada la decisión por parte de la defensa, mediante sentencia del 13 de octubre de 2009, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca confirmó la sentencia proferida en primera instancia.

8. Interpuesto el recurso de casación, con auto de 12 de mayo de 2010, la demanda de casación formulada por la defensa fue inadmitida.

DEMANDA DE REVISIÓN

Al amparo de la causal 7° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, esto es, el cambio de criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, la defensa de JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA, solicitó la revisión de la sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, la que confirmó el fallo de condena proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardot.

Indicó que mediante sentencia C-521 de 4 de agosto de 2009, la Corte Constitucional precisó que tratándose de las conductas punibles previstas en los artículos 208 y 209 del C.P. no es posible agravar la pena conforme con lo previsto en el artículo 211-4 ibidem, pues la edad se establece simultáneamente como elemento del tipo y como criterio para agravar las conductas básicas, aspecto que resulta inconstitucional.

Coligió que la pena que está purgando HERNÁNDEZ FONSECA no corresponde a la nueva interpretación constitucional, razón por la cual se hace necesario redosificarla y dejar sin valor la sanción impuesta en primera instancia y confirmada en segundo grado.

ACTUACIÓN SURTIDA ANTE LA CORTE

1. Con auto de 5 de septiembre de 2018, la Sala admitió la demanda de revisión presentada por el sentenciado JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA, a través de apoderado judicial y al considerar que no había lugar a la práctica de pruebas fijó fecha para llevarse a cabo audiencia pública.

2. El 25 de septiembre de 2018 se celebró la audiencia pública en la que las partes e intervinientes presentaron los alegatos, así:

2.1 El abogado del sentenciado invocó la causal 7° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, referida al cambio de criterio jurisprudencial, afirmando que a su asistido se le condenó como autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años y a su vez se le agravó la pena conforme a lo previsto en el artículo 211-4 del C.P. por cuanto la víctima tenía 8 años a la fecha de los hechos.

Señaló que con posterioridad a las sentencias de las instancias, la Corte Constitucional mediante sentencia C-521 de 4 de agosto de 2009 consideró que al tenerse en cuenta la edad de la víctima tanto en el tipo base -artículo 209 del C.P.- como en la circunstancia de agravación punitiva -artículo 211-4 del C.P.- se estaba penando dos veces la misma circunstancia.

Así las cosas, explicó el accionante que al sobrevenir una interpretación jurisprudencial más favorable, la Corte debía revisar la sentencia de condena proferida en contra de JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ y la redosificarla atendiendo el criterio expresado por la Corte Constitucional.

2.2 La representante de la Fiscalía no se opuso a las pretensiones de la defensa, al señalar que la acción de revisión se invocó a partir de la variación jurisprudencial contenida en la sentencia C-521 de 2009, en tanto que el Alto Tribunal consideró que en casos donde la condena tiene lugar por la comisión de los punibles previstos en los artículos 208 y 209 del C.P. se genera una afectación al principio de non bis in ídem cuando la conducta se agrava por la circunstancia contenida en el artículo 211-4 ibidem. Caso que se aplica en el presente evento.

2.3 La delegada del Ministerio Público solicitó que se declare fundada la causal de revisión invocada, pues el fallador de primera instancia impuso la condena al procesado por ser autor del delito de actos sexuales con menor de 14 años y agravó la conducta por cuanto la víctima tenía a la fecha de los hechos 8 años, es decir, valoró negativamente la misma circunstancia dos veces, lo que implicó la violación al non bis in ídem.

Explicó que la Corte Constitucional en sentencia C-521 de 2009 declaró la exequibilidad condicionada de ese agravante punitivo, en el entendido que no se podían aplicar simultáneamente los artículos 208 y 209 con la agravante prevista en el artículo 211-4 del Estatuto Punitivo.

Así las cosas, consideró que en el caso en estudio se hace necesario aplicar el principio de favorabilidad y por vía de la acción de revisión declarar la nulidad de las sentencias de primera y segunda instancia y dar aplicación a la interpretación constitucional enunciada.

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 32-2 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para decidir lo concerniente a la demanda de revisión presentada por la defensa de JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA, en cuanto se dirige contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca.

2. Reiterada y pacífica ha sido la doctrina de la Corte sobre el carácter excepcional de la acción de revisión, advirtiendo que dicho instrumento procesal no ha sido instaurado por el legislador como una herramienta adicional para debatir los fundamentos de las decisiones emitidas por los jueces de instancia, como tampoco para reavivar discusiones jurídicas o probatorias a las que se han puesto fin a través de una o más providencias ejecutoriadas.

Por el contrario, la naturaleza de esta acción es la de ser un mecanismo procesal excepcional o extraordinario, cuya finalidad es remover el carácter definitivo e irrevocable de lo resuelto con efectos de cosa juzgada, como consecuencia de la demostración de uno o más de los motivos taxativamente establecidos por el legislador, que demuestren la injusticia de la decisión censurada.

3. En el caso en estudio, la demanda instaurada en favor de JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA se funda en la causal 7° prevista en el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, esto es «cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad».

Ha señalado esta Corporación que dicha causal busca evitar que frente a hechos similares, se mantenga la vigencia, validez y eficacia de una sentencia condenatoria cuyo fundamento jurídico ha sido superado por otra decisión de la Corporación, pues ello conllevaría a una vulneración del derecho a la igualdad, y de contera un componente de injusticia, contrario a los preceptos que animan el Estado Social de Derecho que rige en Colombia.

4. Indicó el accionante que la pena impuesta a JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ se agravó con la aplicación del aumento punitivo previsto en el artículo 211-4 del C.P., cuando la interpretación constitucional establecida en la sentencia C-521 de 2009 impide que la edad de la víctima sea considerada como una circunstancia a tener en cuenta en la base del tipo penal -para el caso el artículo 209 del C.P.- y en las agravantes punitivas simultáneamente,

de suerte que con apoyo en un criterio que fue objeto de nueva interpretación, deviene la revisión de la sentencia y la consecuente redosificación de la sanción.

En efecto, el 23 de julio de 2009, el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardot-Cundinamarca condenó a JOSÉ BENICIO HERÁNDEZ FOSENCA como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años, de acuerdo con lo previsto en el artículo 209 del C.P., modificado por el artículo 5° de la Ley 1236 de 2008, el cual señala: «el que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años».

Conducta que agravó, atendiendo lo dispuesto por el artículo 211-4 del C.P., modificado por el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008, a cuyo tenor literal se lee: «Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando (...) 4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años». Decisión que fue confirmada de manera integral el 13 de octubre de 2009 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cundinamarca, sin que se hiciera mención alguna a la circunstancia de agravación enrostrada.

Ahora bien, tal como lo señalaron el accionante y las representantes de la Fiscalía y el Ministerio Público en la audiencia pública de alegatos, es claro que los juzgadores de instancia aplicaron en forma indebida el artículo 211-4 del C.P., modificado por el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008, pues la edad de la víctima, no sólo sirvió para tipificar la conducta en el artículo 209 del Estatuto Punitivo, el cual exige como elemento que el sujeto pasivo de la conducta cuente con menos de 14 años, sino que se tuvo en cuenta para agravar la conducta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 211-4 de la misma norma. Es decir, se desconoció el postulado del non bis in ídem, al sancionar al sentenciado más de una vez por la misma circunstancia fáctica.

Precisamente, ese criterio fue el que sirvió de fundamento para que la Corte Constitucional en la sentencia C-521 de 4 de agosto de 2009 declarara la exequibilidad condicionada del numeral que contiene la agravante en razón de la edad y estimara que la modificación introducida por la Ley 1236 de 2008 aparejaba la inaplicación de la agravante en mención para los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del Estatuto Punitivo, pues de lo contrario se propiciaría un quebranto garantías fundamentales, en el entendido que:

[A]plicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 4°, a quienes cometan los delitos consagrados en los artículos 208 – Acceso carnal abusivo con menor de catorce años- y 209 –Actos sexuales con menor de catorce años- viola el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (art. 29, C.P.), y por ese motivo, en esas circunstancias, es inconstitucional. No obstante, como quiera que la causal de agravación es aplicable también a otros artículos del Código Penal que no fueron demandados en el presente proceso, es necesario determinar si debe ser declarada inexecutable o si, por el contrario, procede declarar su exequibilidad con algún condicionamiento.

6.2. A juicio de la Corte, como la norma demandada es inconstitucional si se aplica a los artículos 208 y 209 del Código Penal, pero no lo es si se aplica a los demás artículos del Título IV, en este caso no procede la expulsión del ordenamiento de esta norma hallada inconstitucional. Tampoco es posible hacer una integración normativa de la causal demandada con los artículos que consagran los tipos penales básicos, ya que la disposición cuestionada tiene un contenido deontológico claro, y puede ser entendida y aplicada sin necesidad de acudir a los artículos 205, 206, 207, 210 y 210A de la Ley 599 de 2000, tal como fueron modificados por la Ley 1236 de 2008 y adicionados por la Ley 1257 de 2008.

Conforme con ello, es claro que la concurrencia de la agravación punitiva prevista en el artículo 211-4 del C.P. y las conductas básicas previstas en los artículos 208 y 209 del mismo estatuto implican un desconocimiento del non bis in ídem y por ello, en el caso en estudio, debe corregirse tal error en el que incurrieron las instancias.

5. En sede de revisión, esta Corporación en sentencia SP3335-2016 de 16 de marzo de 2016, aprobada mediante acta N°80 conoció de la demanda de revisión fundada en la causal sexta del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, aduciendo el cambio favorable del criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, toda vez que al momento de dosificar la sanción a imponer, el a quo tuvo en cuenta el agravante previsto en el artículo 211-4 del C.P. pese a que su asistido fue condenado como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, lo que a su juicio desconocía la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 211-4 del C.P. contenida en la sentencia C-521 de 2009.

En esa oportunidad, la Sala admitió la demanda de revisión y resolvió declarar fundada la causal invocada, en lo atinente a la inaplicabilidad de la causal de agravación punitiva prevista en el artículo 211- 4 del Código Penal, modificado por el artículo 7º de la Ley 1236 del 2008. Como consecuencia de ello dejó sin efectos la sanción impuesta en los fallos de instancia y procedió a la redosificación de la pena.

Como fundamento de la decisión se indicó:

De tal manera que en aquellos casos en que se haya atribuido la causal de agravación, como ocurre en este asunto, es necesario marginarla de la adecuación típica por aplicación del principio de favorabilidad y, desde luego, suprimir los efectos concretos que haya tenido en la punibilidad².

La declaración de inconstitucionalidad de la causal de agravación no comporta que la norma derogada (el original artículo 211, numeral 4º de la Ley 599 del 2000) recobre vigencia, pues ésta fue expresamente subrogada por aquella, lo cual implica que desde la promulgación de la Ley 1236 del 2008, y específicamente de su artículo 7º, desapareció del orden jurídico el original artículo 211, numeral 4º de la Ley 599, porque fue sustituido por aquel. En tales condiciones, solamente persistiría la modificación de la Ley 1236,

igualmente inaplicable por su declaratoria de inexequibilidad.

En eventos como el presente, debe imponerse el tipo penal sin el agravante, toda vez que, para hechos cometidos desde ese momento hacia el futuro, la norma vigente (artículo 7º de la Ley 1236) fue declarada inconstitucional y para eventos anteriores igual debe preferirse la misma disposición con sus consecuencias, en este caso, por resultar benéfica al acusado, en aplicación de la favorabilidad.

En consecuencia, como no hay lugar al agravante del artículo 211, numeral 4º del Código Penal, se impone redosificar la pena aplicable, en el entendido de que subsiste el acto sexual abusivo con menor de 14 años, para lo cual es preciso consultar los parámetros consignados en el fallo de primer grado, confirmado sin modificación alguna por el Tribunal

6. El anterior precedente que admite a través de la acción de revisión redosificar la pena con base en la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 211-4 del C.P., no es el único criterio que la Sala ha aplicado frente al citado problema jurídico, pues también ha señalado que cuando la norma incriminadora ha sido declarada inexecutable o ha perdido vigencia o se ha condicionado su exequibilidad, por favorabilidad, la tasación de la pena como consecuencia de ello, debe hacerlo el Juez de Ejecución de Penas, así por ejemplo se pronunció en auto del 16 de julio de 2014 en el radicado 44.046.

7. Para resolver la reclamación que ha presentado el demandante en este asunto, que en la tasación de la pena no se tenga en cuenta la agravante del numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, por haber sido declarada esa hipótesis para la conducta delictiva (artículo 209 del Código Penal) por la que se condenó a JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA, contraria a la prohibición de non bis in ídem, se tiene que acudir a la solución que se ofrece con los criterios que pasan a señalarse:

7.1 El deber ser y que la Sala indica como el obrar a seguir en estos casos por los funcionarios judiciales es que un problema jurídico como el indicado se debe resolver por el

Juez de Ejecución de Penas con base en las facultades establecidas en el numeral 9º del artículo 38 de la Ley 906 de 2004.

7.2 Ya no con base en el deber ser, sino dado el estado de la situación que se presenta en el caso concreto, se debe admitir excepcionalmente que la Corte resuelva de fondo la acción de revisión promovida, cuando de no hacerse resulten comprometidos derechos fundamentales del demandante, concretamente el derecho a la libertad.

La anterior hipótesis se impone como solución obligada, a partir de los mandatos constitucionales y legales que protegen y desarrollan el amparo de los derechos a la libertad, el restablecimiento de los derechos y el ceñimiento de las decisiones judiciales a criterios de necesidad, ponderación y corrección, para evitar excesos y hacer justicia material en el caso concreto.

Cuando del caso concreto se infiera que las pretensiones del accionante deben prosperar, porque efectivamente para el asunto sub judice no era dable incrementar la pena con base en la agravante del numeral 4º del artículo 211 del Código Penal y además al hacerse una redosificación de la pena y contabilizarse la que ha purgado, emerge que la pena ha sido cumplida o que debe ser sustituida por algún subrogado penal, no es dable remitir la actuación al Juez de Penas para que decida, tiene que hacerse en la providencia que decida la acción de revisión propuesta, pues de lo contrario el inculcado terminaría privado de la libertad por un tiempo mayor al que le correspondería.

8. En el presente caso, como se trata de una sentencia ejecutoriada, sólo hasta que se profiere la sentencia de revisión y se redosifica la pena, nace el derecho a la libertad del sentenciado HERNÁNDEZ FONSECA y para ello, es imperativo el cumplimiento de los presupuestos procesales previstos en desarrollo de la acción de revisión (admisión de la demanda, periodo probatorio y audiencia de alegaciones).

En ese sentido, la Corte quedó habilitada para tomar decisión de fondo a partir del día

siguiente que se celebró la audiencia pública y que las partes prestaron sus alegatos (25 de septiembre de 2018), diligencia que se celebró atendiendo la agenda de la Sala.

Por las razones expuestas en el numeral 7.2 de los considerandos de esta providencia, no es posible declarar infundada la acción de revisión o que la Sala se abstenga de resolver de fondo, para remitir la actuación al Juez de Ejecución de Penas, porque dada la pena que habrá de imponerse y el tiempo de la misma que ya ha pagado JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA, se tiene que éste debe ser dejado en libertad por pena cumplida.

Desde luego, los efectos jurídicos en los términos señalados anteriormente se producen a partir del proferimiento de las providencias, pero ello no obsta para que hecho el cálculo ex ante, se obtenga la convicción y el fundamento para resolver por la Sala la acción de revisión de marras.

9. Debe agregarse como una razón de más en apoyo a la excepción que se aplica en esta oportunidad para resolver de fondo la acción de revisión, el que en el caso en estudio el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Girardot, quien vigila la pena de JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA, con auto de 6 de junio de 2013 (fls. 228 a 230 del C.1 Ejecución de penas) con base en la sentencia de C-521 de 2009, declaró en este proceso la inaplicación de la agravantes del artículo 211-4 del Código Penal y redosificó la pena impuesta dejándola en 144 meses de prisión, no obstante, posteriormente, con auto de 8 de junio de 2017 (fls. 485 a 488 C.1 Ejecución de Penas) de oficio revocó esa decisión «por ilegal», al considerar que:

[L]as razones que cimentaron la decisión no corresponden a la aplicación del principio de favorabilidad por tránsito de legislación, sino que ellas son propias del recurso de la acción de revisión, en cuanto que lo que aquí se presenta es un pronunciamiento judicial de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, que cambió favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto en materia de responsabilidad como

de la punibilidad, que consiste en que la causal de agravación establecida en el artículo 4 del artículo 211 del Código Penal no se pueda deducir a quienes son sentenciados por incurrir en las conductas descritas en los artículos 208 y 209 ídem, para el caso, actos sexuales con menor de 14 años.

De suerte que la pena impuesta a JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA aún no se encuentra redosificada con la deducción de la agravante del numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, lo que motivó a promoverse ante esta Corporación la acción de revisión que ahora se resuelve.

10. Con sentencia de 23 de julio de 2009, JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA fue condenado a prisión de 15 años y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo términos como autor responsable delito de actos sexuales con menor de 14 años conforme a los artículos 5º y 7-4 de la Ley 1236 de 2008 que modificó los artículos 209 y 211 del Código Penal cometido en concurso homogéneo y sucesivo. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 13 de octubre de 2009.

El marco de punibilidad verificado por el juzgador en el tipo básico aplicado lo asumió con prisión de 9 a 13 años, pero en virtud del agravante del numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, el mínimo lo aumentó en una tercera parte y el máximo en la mitad, quedando un marco de pena de 144 meses hasta 234 meses de prisión. Para individualizar la pena optó por el mínimo de 144 meses, la que aumentó en 36 meses por el concurso homogéneo y sucesivo para imponer un total 180 meses de prisión, o lo que es lo mismo 15 años de prisión.

Siguiendo los criterios de individualización de la pena acogidos por los juzgadores de instancia y excluyendo únicamente el error cometido que consiste en el cómputo del agravante del numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, el marco de punibilidad es de 9

a 13 años de prisión y se selecciona el mínimo de la pena prevista, que es de 9 años de prisión, en virtud de la sentencia C-521 de 2009, lapso al que se le incrementa 36 meses de prisión que equivale al mismo tiempo considerado por el a quo en razón del concurso homogéneo de delitos. El total de pena a imponer es entonces de 144 meses (12 años) de prisión, tiempo éste al cual también se reduce la pena accesoria.

En proveído de 16 de mayo de 2018 proferido por el Juzgado ejecutor de la pena se declaró que JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA ha descontado 146 meses y 8.5 días de pena, teniendo en cuenta la privación de la libertad física y los descuentos de pena.

Según la citada providencia, el procesado está descontando pena desde el «22 de diciembre de 2008» (folio 519 C.1 Ejecución de Penas), lo que a la fecha del auto implica una privación física de la libertad de 114 meses y 13 días, a los que suma los tiempos por redención en actividades en el centro penitenciario, que los registra así: «10.5 días, 43 días, 140.5 días, 61 días, 56 días, 68.5 días, 50.5 días, 55 días, 73.5 días, 163 días, 78 días, 117.5 días y 38.5 días».

Se modificará parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca y la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Girardot-Cundinamarca que condenó a JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA por el delito de actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, en el sentido de excluir como incremento de la pena la agravante del numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, imponiéndole una pena de prisión de 144 meses de prisión y la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual.

Confrontada la pena que ha de imponerse en esta oportunidad por prosperar la pretensión formulada a través de la demanda de revisión, con la pena que ha descontado, surge ineludible el derecho a la libertad de JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA por pena cumplida, por lo que se libraré la orden para que se haga efectiva bajo la condición de que

no esté requerido por otra autoridad y delito diferente, caso en el cual deberá ser puesto a disposición de quien así lo esté solicitando.

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

RESUELVE

1. Declarar fundada la causal 7° del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 invocada por el defensor del sentenciado JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA, por las razones expuestas en la parte motiva.
2. Como consecuencia de lo anterior, se modifica la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cundinamarca el 13 de octubre de 2009, que confirmó el fallo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Girardot de 23 de julio del mismo año, a través del cual se condenó a JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA por los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, en el sentido de imponerle una pena de 144 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso.
3. Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, conceder inmediatamente la libertad por pena cumplida a JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA, por razón de los fallos proferidos en su contra y referidos en el numeral anterior.

Por secretaría de la Sala líbrese la boleta de libertad si JOSÉ BENICIO HERNÁNDEZ FONSECA se encuentra recluso en centro penitenciario con sede en esta capital o de lo contrario, para tales efectos, comisionese al Juez de Ejecución de Penas a cuya disposición se encuentre, condicionándose su liberación a que no esté solicitado por delito diferente y por otra autoridad judicial.

4. Dese los informes de ley.

5. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 La información que permite identificar o individualizar al menor de edad, se suprime de acuerdo con lo normado en los artículos 33 y 193 de la Ley 1098 de 2006.

2 Cfr. auto de 28 de abril de 2010, rad. 32178.