

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP7659-2015

Radicación N° 43.400

(Aprobado Acta No. 212)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

De acuerdo con lo advertido en el auto AP-1679-2015 que inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de JMHM, de manera oficiosa, se pronuncia la Corte frente a la sentencia del 4 de diciembre de 2013 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la proferida el 19 de septiembre de ese año por el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la capital, mediante la cual lo condenó, a título de autor, por los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años, ambos agravados y en concurso homogéneo y lo absolvió por los de acceso carnal violento y aborto.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Entre los años 2005 y 2007, JMHM desplegó sobre su hijastra A.M.M.G.1, nacida el 31 de enero de 1995, sucesivos actos de tocamiento de sus partes íntimas, lo cual

realizaba en su casa de habitación ubicada en la localidad de Soacha².

Así mismo, durante el primer semestre de 2008, cuando la niña tenía 13 años y estaba estudiando séptimo grado de secundaria, dicho sujeto -su padrastro- la accedió carnalmente -vía vaginal- en un portal de la (...) donde él laborara, a cambio de comprarle un pantalón -que su madre le había prohibido debido a las restricciones del culto cristiano que ella profesa-.

Como la progenitora de la niña le había entregado la autoridad parental a su compañero permanente, la menor acudía a él para solicitarle permisos para salir a fiestas y con su novio, oportunidad aprovechada por HM a efecto de obligarla a sostener, en múltiples oportunidades, relaciones sexuales, las cuales se extendieron en el tiempo hasta que ella alcanzó los 15 años.

Producto de alguno de esos encuentros, cuando la adolescente tenía 14 años de edad, habría quedado embarazada, pero el implicado, quien permanecía pendiente de su ciclo menstrual, una vez confirmado el estado de gestación, la llevó, contra su voluntad, a una farmacia ubicada en el barrio (...) de la capital, lugar donde le suministraron unos medicamentos que le causaron un aborto.

2. Tras la denuncia de estos hechos por parte de la madre de la menor, a petición de la Fiscal 38 Seccional de Bogotá, el 9 de mayo de 2012, en audiencia preliminar reservada, el Juez 19 Penal Municipal con funciones de control de garantías de la misma ciudad ordenó la aprehensión de JM³.

3. El 28 de ese mes, el Juez 49 Penal Municipal con funciones de control de garantías de la capital legalizó la captura del indiciado y la formulación de imputación por los delitos de acceso carnal con menor de catorce años, agravado⁴, actos sexuales con menor de catorce años, agravado⁵, en concurso homogéneo y sucesivo, acceso carnal violento, agravado⁶ y aborto, y le impuso medida de aseguramiento de

detención preventiva en establecimiento carcelario⁷.

4. El 27 del mes siguiente la Fiscalía presentó el correspondiente escrito de acusación, con la modificación consistente en imputar la circunstancia de agravación específica descrita en el artículo 211.6 del Código Penal solo respecto del acceso carnal violento⁸.

5. El 10 de agosto posterior se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación⁹, el 22 de febrero de 2013 se surtió la audiencia preparatoria¹⁰ y el debate oral se desarrolló en tres sesiones -1611 y 1712 de mayo y 9 de agosto de igual anualidad¹³-.

Al cabo de la última, la Fiscalía solicitó condena por los mismos injustos por los que acusó, aunque añadió un concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles respecto del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años; por su parte, la juez de conocimiento anunció que el sentido del fallo era condenatorio por los reatos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años, ambos agravados y en concurso homogéneo y sucesivo, y absolutorio por los de acceso carnal violento y aborto.

6. Mediante sentencia del 19 de septiembre de 2013, la juzgadora condenó al acusado, en los términos señalados, a la pena principal de doscientos setenta y dos (272) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años. Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

De igual manera, lo absolvió por los reatos de acceso carnal violento, agravado, en concurso heterogéneo con el de aborto¹⁴.

7. Recurrido el fallo por el fiscal¹⁵, la defensora¹⁶ y el procesado¹⁷ y allegado escrito -en el término para los no recurrentes- por la representante de la

víctima¹⁸, fue modificado parcialmente por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 4 de diciembre ulterior, en el sentido de imponer al acusado la pena de 228 meses de prisión, tiempo al que también redujo la sanción accesoria¹⁹.

8. El enjuiciado interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación²⁰ y un nuevo defensor presentó, en tiempo, el memorial correspondiente²¹.

9. Mediante auto AP-1679-2015, 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.

10. El procesado le solicitó a la Procuraduría Delegada para la Casación Penal (reparto) que insistiera ante esta Corporación en la admisión de la demanda²², pero el 12 de mayo pasado, el Delegado Segundo conceptuó²³ en el sentido que no existe mérito para ello. Así mismo, estimó, que «no se observa que en la sentencia de segunda instancia haya menoscabado derechos y garantías fundamentales en materia de responsabilidad penal que ameriten la intervención del Tribunal de casación.»²⁴.

CONSIDERACIONES

Inadmitido el recurso promovido por la defensa técnica y, agotado el trámite de insistencia, la Corte se centrará exclusivamente en el tema enunciado en auto AP-1679-2015, esto es, en verificar si al dosificar la pena respecto de los delitos de acceso carnal y actos sexuales con menor de catorce años, los juzgadores conculcaron el postulado de legalidad de las penas al dejar de aplicar las normas vigentes para la época de los hechos.

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, es lo cierto que, por lo menos, se sabe que los actos sexuales²⁵ 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 antes del 2008 -31 de diciembre de 2007- de acuerdo con los datos suministrados por la Fiscalía²⁶.

De igual modo, se conoce que los accesos carnales con menor de catorce años, acontecieron, por primera vez, en algún momento del primer semestre de 2008, entre el 31 de enero de ese año (cuando la niña cumplió 13 años y estaba en séptimo grado de bachillerato) y junio de la misma anualidad, sucesos que se repitieron, en adelante, hasta que ella alcanzó los 15 años, pero, que para el caso, en razón del delito endilgado, se tendrán ocurridos solo hasta el 30 de enero de 2009 -previo a que la menor cumpliera sus 14 años-.²⁷

Por estos hechos, el juzgador de primer nivel le impuso al sentenciado la pena de 272 meses de prisión y 20 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Para llegar a ese monto de privación del derecho a la libertad, tras individualizar, en el mínimo punitivo, las penas para cada uno de los delitos de acceso carnal y actos sexuales con menor de catorce años, agravados, frente al delito base de acceso carnal, el juez partió de 192 meses -mínimo previsto por el artículo 208 del Código Penal, con la modificación del artículo 4º de la Ley 1236 de 2008-, cantidad a la cual le agregó 30 meses por el concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles de acceso carnal y 50 por el concurso heterogéneo con los actos sexuales, respectivamente, para un total de 272 meses.

No obstante, el Tribunal modificó dicha pena y por los aludidos concursos tasó -en conjunto- un valor de 36 meses, que sumados a los 192 del injusto base, arrojó una suma definitiva de 236 meses.

Siendo lo anterior así, se tiene que si bien no hay lugar a modificar el monto del punible base de acceso carnal abusivo con menor de catorce años ejecutado en vigencia de la Ley 1236 de 2008 -entre el 23 de julio de 2008 y el 30 de enero de 2009-, la pena sí debe sufrir modificación en torno a los reatos concursantes -de manera homogénea y heterogénea- cometidos cuando regían los artículos 208 y 209 del Estatuto Sustantivo, con el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

En verdad, se observa que, siendo ambas infracciones -acceso carnal abusivo y actos sexuales - delitos de ejecución instantánea, su agotamiento ocurre en un solo momento, porque inicia, se realiza y consuma en una acción que abarca un solo 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 año 2008, los juzgadores estaban impedidos para imponer las sanciones conforme a esa normativa, pues, se recaba, debían 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, por lo menos, uno de los delitos de acceso carnal, se ejecutó en el primer semestre de 2008 -concretamente en el portal de la (...) donde el acusado trabajaba- y los actos sexuales se practicaron, en su integridad antes del 2008, es claro que los juzgadores quebrantaron el principio de legalidad de las penas cuando, al tasar el monto correspondiente a los concursos homogéneo -de acceso carnal- y heterogéneo -de actos sexuales - aplicaron 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 de los sentenciadores y restablecer las garantías vulneradas al procesado, la Corte partirá de que por el concurso homogéneo de accesos carnales el Tribunal fijó 13.5 meses y 22.5 meses²⁹ por el concurso heterogéneo con actos sexuales.

Así mismo, si el juzgador unipersonal, al individualizar las penas para cada delito, optó por el mínimo punitivo para cada uno de ellos, se debe aceptar que por el injusto de acceso carnal (concursante de forma homogénea) de que trata el artículo 208 del Código Penal, con el incremento de la tercera parte a la mitad, por virtud del precepto 14 de la Ley 890 de 2004, debió asignar el monto de 85.33 meses³⁰ -no 192 meses (mínimo de acuerdo con la Ley 1236), que al ser concursados, respetando el criterio del ad quem, tenían que haberse reducido a 5.99 meses -no 13.5 meses-³¹.

Igualmente, es necesario admitir que por los actos sexuales, descritos en el artículo 209, con el aumento de la aludida Ley 890, el fallador estaba impelido a imponer 64 meses³² -no 144 meses (mínimo conforme a la Ley 1236)-, que de acuerdo con las reglas del concurso, debieron verse reflejados en 10 meses -no 22.5 meses-³³.

Así las cosas, la pena definitiva de prisión a descontar por HM es de 207.99 meses (192 + 5.99 + 10), o lo que es igual, 207 meses y 29 días -en cambio de los 236 tasados por el juez colegiado-, 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 4 de diciembre de 2013 de la Sala Penal 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 JMHM, en doscientos siete (207) meses y veintinueve (29) 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 reserva la identidad de la menor por virtud del numeral 8º del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

2 Se precisa que aunque los tocamientos iniciaron en el 2003, cuando la menor tenía 8 años de edad, la Fiscalía únicamente imputó los ejecutados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004.

3 Cfr. folio 5 de la carpeta.

4 Por las circunstancias de agravación específicas descritas en los numerales 2, 5 y 6 del artículo 211 del Código Penal.

5 Por las circunstancias de agravación específicas descritas en los numerales 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal.

6 Por las circunstancias de agravación específicas descritas en los numerales 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal.

7 Cfr. folio 9 ibidem.

8 Cfr. folios 11-20 ibidem.

9 Cfr. folios 24-25 ibidem.

10 Cfr. folios 64-71 ibidem.

11 Cfr. folios 154-155 ibidem.

12 Cfr. folios 186-187 ibidem.

13 Cfr. folio 199 ibidem.

14 Cfr. folios 202-215 ibidem.

15 Cfr. folios 217-219 ibidem.

16 Cfr. folios 220-224 ibidem.

17 Cfr. folios 226-262 ibidem.

18 Cfr. folios 248-268 ibidem.

19 Cfr. folios 11-33 del cuaderno del Tribunal.

20 Cfr. folio 35 ibidem.

21 Cfr. folios 48-73 ibidem.

22 Cfr. folios 57-67 del cuaderno de la Corte.

23 Cfr. folios 69-76 ibidem.

24 Cfr. folio 76 ibidem.

25 Se recuerda que los actos iniciaron en el año 2003, época para la cual la víctima tenía 8 años, pero los ocurridos entre esa fecha y el 2004 no fueron investigados en este proceso.

26 En la audiencia de formulación de imputación, la fiscal del caso, precisó, a petición del juez de control de garantías, que los actos sexuales ocurrieron desde el año 2005 hasta antes del 2008. Cfr. minutos 4:29 a 5:32 del segundo archivo del CD de formulación de la imputación.

27 Aquí se precisa que si bien los accesos continuaron hasta cuando la niña cumplió 15 años, los ocurridos en el período en el que ella tenía 14 años o más no se adecuan al delito acceso carnal con menor de catorce años.

28 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.

29 Como el juez de primer nivel había impuesto 30 meses por el concurso homogéneo de accesos carnales y 50 por el concurso heterogéneo con actos sexuales, para un total de 80 meses y el Tribunal, por los dos tipos de concurso impuso 36 meses, es indispensable comprender que, proporcionalmente, dedujo 13.5 meses por los accesos y 22.5 meses por los actos sexuales. Las operaciones aritméticas son las siguientes: $30 \text{ meses} \times 100\% \div 80 \text{ meses} = 37.5\%$ y $37.5\% \times 36 \text{ meses} \div 100\% = 13.5 \text{ meses}$; $50 \text{ meses} \times 100\% \div 80 \text{ meses} = 62.5\%$ y $62.5\% \times 36 \text{ meses} \div 100\% = 22.5 \text{ meses}$.

30 Recuérdese que el mínimo punitivo del acceso carnal con menor de catorce años, agravado, de acuerdo con el artículo 208 original con el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 es de 85.33 meses (64 + 21.33).

31 La operación es la siguiente: $85.33 \text{ meses} \times 13.5 \text{ meses} \div 192 \text{ meses} = 5.99 \text{ meses}$.

32 Repárese que el mínimo punitivo del acceso carnal con menor de catorce años, agravado, de acuerdo con el artículo 208 original con el incremento del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 es de 85.33 meses (64 + 21.33).

33 La operación es la siguiente: $64 \text{ meses} \times 22.5 \text{ meses} \div 144 \text{ meses} = 10 \text{ meses}$.

