

CUI 11001650011120140072301

NI 62116

Casación

Jaime Vivero Mosquera

GERSON CHAVERRA CASTRO

Magistrado Ponente

SP374-2023

Radicado 62116

Acta No. 156

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

La Sala examina, de forma oficiosa, si se vulneraron garantías fundamentales en el proceso adelantado en contra de Jaime Vivero Mosquera, de conformidad con lo dispuesto en el auto que inadmitió la demanda presentada a su nombre.

HECHOS

El día 24 de julio de 2014, Francy Elena Aristizabal y el menor INML1, fueron agredidos física y verbalmente, por Jaime Vivero Mosquera, compañero permanente de la primera y padre del segundo, con ocasión del desacuerdo que surgió entre la pareja en las condiciones de desplazamiento del menor a sus entrenamientos de fútbol (solo o acompañado). Por cuenta de esas agresiones la señora Aristizabal fue lastimada con una patada en su cadera y a consecuencia de ello se le dictaminó 10 días de incapacidad definitiva; mientras que al niño se le concedió cuatro días de incapacidad por cuenta de una lesión en su rodilla.

El 26 de abril de 2016, en horas de la noche, nuevamente se suscita otro episodio en la vivienda de la pareja ubicada en la ciudad de Bogotá, en el que Jaime Vivero Mosquera, insulta a Francy Elena Aristizabal y le exige que abandone la casa, ante su reacción de evitar que de forma agresiva y a empujones sacará al niño INML de la habitación donde descansaba junto con ella.

ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 20 de febrero de 2018 ante el Juez 28 Penal Municipal con función de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía General de la Nación imputó a Jaime Vivero Mosquera el cargo de violencia intrafamiliar agravada², en concurso homogéneo y sucesivo (Arts. 229, inc. 2, y 31 del Código Penal),
2. El 10 de abril siguiente, la fiscalía radicó escrito de acusación³ por la conducta imputada y, el 3 de septiembre de 2018, ante el Juzgado 28 Penal Municipal con función de Conocimiento de esa ciudad se verbalizó.
3. La audiencia preparatoria se cumplió el 20 de mayo de 2019 y, en sesiones 26 de agosto y 21 de diciembre de 2020 se desarrolló el juicio oral y público.
4. Por sentencia del 31 de mayo de 2021, el Juzgado cognoscente condenó a Jaime Vivero Mosquera a la pena principal de 82 meses de prisión, como autor de la conducta punible de violencia intrafamiliar agravada y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la prohibición de comunicarse con las víctimas conforme al numeral 11 del artículo 43 del Código Penal y la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad sobre los menores A., M., y S. Vivero Aristizábal, conforme al numeral 4º del artículo 43 del Código Penal,

por tiempo igual a la pena privativa de la libertad.

Se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

5. Interpuesto recurso de apelación por la defensa, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en providencia del 25 de octubre de 2021, resolvió confirmar la condena emitida.

6. Presentado recurso extraordinario de casación por la defensa, fue inadmitida la demanda en proveído CSJ AP1549-2023 del 17 de mayo de 2023, en el cual se dispuso, una vez surtido el mecanismo de insistencia -que para el caso se propuso pero no fue acogida por el Representante del Ministerio Público⁴-, que las diligencias regresaran al despacho del Magistrado Ponente para examinar la probable vulneración de garantías fundamentales, respecto de la legalidad de la pena en lo atinente a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría.

CONSIDERACIONES

La Sala casará, oficiosa y parcialmente la sentencia del Juzgado de primera

instancia, confirmada por el Tribunal, por las siguientes razones:

En el fallo del 31 de mayo de 2021, el Juzgado 28 Penal Municipal con función de Conocimiento de Bogotá condenó a Jaime Vivero Mosquera a la pena principal de 82 meses de prisión, como autor de la conducta punible de violencia intrafamiliar agravada y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la prohibición de comunicarse con las víctimas conforme al numeral 11 del artículo 43 del Código Penal y la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad sobre los menores A., M., y S. Vivero Aristizábal, conforme al numeral 4º del artículo 43 del Código Penal, por tiempo igual a la pena privativa de la libertad; montos que no fueron modificados por la Sala Penal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial al desatar la alzada.

Al determinar la pena, la Juez singular razonó:

«De acuerdo con los parámetros indicados en los artículos 54 a 62 del Código Penal, la sanción para JAIME VIVERO MOSQUERA, será la prevista para la conducta punible de violencia intrafamiliar agravada, que de acuerdo con el artículo 229 inciso segundo del Código Penal, prevé una pena que oscila entre 72 y 168 meses de prisión. Estableciendo los cuartos quedan de la siguiente manera:

Primer cuarto: De 72 a 96 meses

Segundo cuarto: De 96 a 120 meses

Tercer cuarto: De 120 a 144 meses

Cuarto máximo: De 144 a 168 meses

Ahora bien, conforme el inciso 3° del artículo 61 del Código Penal, para determinar la pena debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la intensidad del dolo y la función que la pena ha de cumplir, motivo por el cual no se partirá de la pena mínima, en atención a las circunstancias que rodearon la comisión del ilícito, la concurrencia de distintas formas de violencia, verbal, física, psicológica y económica, la multiplicidad de afectados, la calidad del sujeto activo como conocedor y guarda de los derechos de las personas en su condición de miembro retirado del Ejército Nacional, el hecho de tratarse de dos víctimas especialmente vulnerables, el trato tan cruel, inhumano y degradante al que fueron sometidas las víctimas y el largo periodo de mantenimiento de la conducta, por lo que la pena que se impone es la de OCHENTA Y DOS (82) MESES DE PRISIÓN; con la que se considera, se cumplen con las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y reinserción social.

Como pena accesoria se impondrá por tiempo igual a la pena privativa de la libertad, la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas conforme a los parámetros del artículo 44 del Código Penal, la prohibición de

comunicarse con las víctimas conforme al numeral 11 del artículo 43 del Código Penal, y la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad del acusado sobre A., M., y S., Viveros Aristizábal conforme al numeral 4º del artículo 43 del Código Penal.» (Subrayas no originales)

Lo anterior revela que la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad se impuso sin considerar lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal, que señala que la duración de esta pena va “de seis (6) meses a quince (15) años”.

Al igual que lo dispuesto por la jurisprudencia de esta Corporación⁵, que ha explicado que «así como ocurre en la dosificación de las penas que restringen la libertad, en las privativas de otros derechos, bien sean principales o accesorias, es imperativo sujetarse al sistema de cuartos previsto en el artículo 61 y demás normas concordantes del Código Penal.»⁶

De modo que, para la concreta cuantificación de las penas privativas de otros derechos, el juzgador debe ceñirse al sistema de cuartos instituido por el Código Penal, salvo que la norma específicamente establezca otros parámetros, como sucede con el inciso 3º del artículo 52 del Código Penal.

De manera que, advertido tal equívoco, se impone la corrección del fallo con

sujeción del principio de estricta legalidad en el proceso de dosificación punitiva.

En ese orden, se tiene que el marco de punibilidad del artículo 51 del Código Penal para la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría oscila entre 6 meses y 15 años, lo que da un ámbito de movilidad de 174 meses, el cual, dividido en cuartos -de 43 meses y 15 días cada uno-, como lo impone el artículo 61 ejusdem, arroja los siguientes resultados:

Cuarto	mínimo
--------	--------

Cuartos	medios
---------	--------

Cuarto	máximo
--------	--------

6	meses a 49 meses 15 días
---	--------------------------

49	meses y 16 días a 136 meses 15 días
----	-------------------------------------

136	meses y 16 días a 180 meses
-----	-----------------------------

Ahora, siguiendo las mismas pautas que fueron consideradas por el a quo,

se seleccionará el cuarto mínimo y se hará el incremento que se efectuó al interior de aquel, el que corresponde a un 41.6%. Así las cosas, realizada la correspondiente operación, la sanción de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad del procesado Jaime Vivero Mosquera sobre los menores A., M., y S. Vivero Aristizábal, queda definida en 24 meses y 2 días.

Finalmente, la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no sufrirá modificación, ya que atiende los parámetros dispuestos en el artículo 52 del Código Penal.

Al igual que la prohibición de comunicarse con las víctimas, ya que en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, su vigencia sí puede ser durante el tiempo de la pena principal, conforme lo descrito en el inciso adicionado por el artículo 25 de la Ley 1257 de 2008 al artículo 51 del Código Penal.

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

RESUELVE:

1. Casar, oficiosa y parcialmente, la sentencia del 31 de mayo de 2021, proferida

por el Juzgado 28 Penal Municipal con función de Conocimiento de Bogotá, confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad, exclusivamente para fijar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad del acusado Jaime Vivero Mosquera sobre los menores A., M., y S. Vivero Aristizábal, en 24 meses y dos días.

2. En lo restante, el fallo permanece vigente.
3. Contra esta determinación no procede recurso alguno.
4. Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen,

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO

OSPITIA GARZÓN

CARLOS

ROBERTO SOLORZANO GARAVITO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

- 1 Quien nació el 25 de enero de 2006. Cfr. Registro civil, página 6, expediente digital archivo "001Carpeta.pdf"
- 2 Cfr. Audio de la diligencia a partir del minuto 10:20
- 3 Páginas 65 a 71, expediente digital archivo "001Carpeta.pdf"
- 4 Conforme se señala en el oficio PDI1PCP No. 69 del 24 de julio de 2023
- 5 CSJ SP17166-2014, Rad. 42536; SP3441-2015, rad. 45317; SP4322-2015, Rad. 45399; SP14467-2015, rad. 44367; SP3713-2016, Rad. 44443; SP7087-2016, Rad. 47079; SP11094-2016, Rad. 48223; SP16813-2017, Rad.

46424; SP4944-2029, Rad. 51490; SP713-2020, Rad. 54324; SP908-2022, Rad. 53084.

6 CSJ SP14467-2015, rad. 44367. En esta decisión se explican en extenso las razones de la Sala para esta conclusión.