



Bogotá, D.C., 25 de septiembre de 2020

Doctora  
**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**  
Magistrada Sala Penal  
Corte Suprema de Justicia  
E. S. D.

REF. Casación No. 54372  
Delito: Acceso Carnal Violento  
Condenado: Samuel Najar Alba

Cordial saludo:

**Jorge Hernán Díaz Soto**, en mi calidad de Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Acuerdo 020 de esta Corporación, me permito presentar concepto en relación con la demanda de casación de la referencia, en los siguientes términos:

### **1. La sentencia recurrida**

Mediante sentencia del 18 de octubre de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá desató el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la defensa, contra la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá con funciones de conocimiento, mediante la cual se condenó al señor Samuel Najar Alba a la pena de 150 meses de prisión, como autor del delito de acceso carnal violento.

### **2. La demanda de casación.**

En el segundo cargo formulado por la casacionista, el admitido por la Sala, se denunció la sentencia de segunda instancia por violación directa de la ley sustancial, pues en ella se aplicó indebidamente el artículo 61 del Código Penal, con lo que quedó avalado el error en el que incurrió el juez de conocimiento al realizar la tasación punitiva, en cuanto éste partió de un ámbito punitivo que no le era aplicable al caso. El que correspondía no podía ser otro que el originalmente establecido por el artículo 205 de la Ley 599 de 2000, con la modificación de la Ley 890 de 2004, mas no el consagrado por la Ley 1236 de 2008, artículo 1°.

### **3. Concepto de la Fiscalía General de la Nación**



Desde ya señalo que el cargo debe prosperar, no obstante sustentarse de manera errada en la aplicación indebida del artículo 61 del C.P., por lo cual solicitaré a la Sala casar parcialmente el fallo para que enmiende el yerro y restablezca la legalidad de la sanción con una nueva tasación de la pena que corresponde purgar a Samuel Najar Alba, entendiendo que la aplicada por el Juzgado 35 Penal del Circuito de Bogotá con funciones de conocimiento, vulneró el principio de legalidad que consagran los artículos 29 de la Constitución Política y 6° del Código Penal.

El artículo 29 constitucional señala:

*“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.*

*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*

*En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.*

*Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”*

En relación con el alcance del inciso segundo del artículo en cita, en sentencia C-619 de 2001 la Corte Constitucional expreso:

*“Al respecto, es de importancia definir si dicha expresión puede tener el significado de impedir el efecto general inmediato de las normas procesales, bajo la consideración según la cual tal efecto implicaría que la persona procesada viniera a serlo conforme a leyes que no son “preexistentes al acto que se le imputa.”*

*En relación con lo anterior, la Corte detecta que la legislación colombiana y la tradición jurídica nacional han concluido que las “leyes preexistentes” a que se refiere la norma constitucional son aquellas de carácter substancial que definen los delitos y las penas. De esta manera se incorpora a nuestro ordenamiento el principio de legalidad en materia penal expresado en el aforismo latino nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Pero la normas procesales y de jurisdicción y competencia, tienen efecto general inmediato. En este sentido, el artículo 43 de la Ley 153 de 1887, recoge la interpretación expuesta cuando indica:*

*‘La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, la cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40’.*”



El tópico de la legalidad de la pena, fue abordado por esta Corporación, entre otras, en decisión del 17 de septiembre de 2003, radicado 18142 en la cual dijo:

*“La violación a este principio comporta una transgresión de una norma de derecho sustancial, no de una formalidad ritual, por tanto, el error, en estos casos, es in iudicando, en cuanto se origina en el ejercicio puro de la función jurisdicente, y en cuanto tal, debe ser alegado al amparo de la causal primera, no de la tercera. El principio de legalidad de la pena es una garantía para el procesado, y también para la sociedad, en el sentido que el Estado impondrá las que hayan sido estatuidas previamente a la realización de la conducta punible, dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados en el ordenamiento jurídico, sin que se puedan imponer penas por arbitrio o imaginación del juez, que no respeten los parámetros legales, con quebranto de la igualdad y de la seguridad jurídica.”*

En decisión del 5 de febrero del presente año, Radicado 54457, refiriéndose al principio de legalidad de la pena, señaló esta Sala:

*“El artículo 29 de la Carta Política, en concordancia con el 6°, tanto del Código Penal, cómo de la Ley 906 de 2004, consagra el principio de legalidad, de acuerdo con el cual, la preexistencia normativa respecto del delito y de la pena constituye garantía fundamental, además del límite al poder punitivo estatal.*

*De un lado, porque los ciudadanos deben conocer los comportamientos prohibidos elevados por el legislador a la categoría de delitos, así como la condigna pena previamente establecida, a efecto de contar con la certeza de que sólo podrán ser sancionados en razón de la comisión de una conducta catalogada como punible y dentro de los límites cuantitativos y cualitativos consagrados con antelación en la ley; y, de otro, porque el funcionario judicial no puede desbordar esos marcos normativos, ni anteponer su capricho o discreción, por el contrario, ha de imponer las penas dentro de los límites descritos en la norma y, en su individualización, acatar los criterios que para el efecto ésta ha previsto.”*

Es evidente, entonces, que determinada la responsabilidad del señor Najjar Alba por parte del juez de conocimiento, debía proceder a agotar el ejercicio de tasación punitiva, mismo que debía cumplirse dentro del marco que le fijaban los artículos 60, 61 y 205 del Código Penal.

Así, entonces, lo primero que debía establecerse por el juez de primer grado, eran los límites mínimos y máximos dentro de los que se podía mover para individualizar la pena, para lo cual debía acudir al artículo 205 del estatuto punitivo que regía para el momento de los hechos, actividad en la que precisamente fue donde se presentó el error en la selección de la norma aplicable al caso, pues si bien el juzgador acertó al elegir el artículo que describía el comportamiento abstracto al cual se adecuaba la conducta enrostrada a Samuel Najjar Alba, aplicó a dicha norma la modificación punitiva que introdujo la ley 1236 de 2008, incremento punitivo que no estaba vigente para el momento en que se agotó la conducta que se reprocha al aquí condenado y que a pesar de establecer un límite máximo menor al de la norma precedente, esto es la contenida en el mismo canon pero con la reforma del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, no le resultaba favorable.



Efectivamente, el artículo 205 original de la ley 599 de 2000, consagraba como pena para el delito de acceso carnal violento la de prisión de 8 a 15 años, que se incrementó por el artículo 14 de la ley 890 de 2004, en una tercera parte respecto del mínimo y en la mitad respecto al máximo, lo que arroja que para el 15 de junio de 2008, cuando se presentó la conducta que nos ocupa, este tipo penal estaba sancionado con pena de prisión de 128 a 270 meses, mínimo y máximo punitivos que debieron constituir el marco de movilidad para el juez de conocimiento en el momento de individualizar la pena a través del sistema de cuartos.

No obstante, en la sentencia de primera instancia se partió de un mínimo de 144 meses de prisión, es decir que el juez aplicó la modificación que introdujo para este tipo penal la ley 1236 antes citada, aún cuando dicha norma entró en vigencia el 23 de julio de 2008, es decir más de un mes después de ocurridos los hechos.

Es cierto que la modificación positiva de la ley 1236 respecto del máximo de la pena, sería más benéfica en el evento en que debiera imponerse necesariamente ese extremo punitivo, sin embargo para efecto del establecimiento del sistema de cuartos a partir del cual se produce la individualización de la pena, resultaba mucho más favorable la aplicación de la sanción establecida por la ley 890 de 2004, en el entendido que el mínimo en tal caso sería de 128 y no de 144 meses de prisión, es decir que el primer cuarto punitivo, en el cual se movió el a quo, estaría entre los 128 y los 163.5 meses, mientras que en la sentencia de primer grado se estableció entre 144 y 168 meses de prisión conforme a la modificación que al artículo 205 del Código Penal introdujo aquella ley.

En el presente, independientemente de si al final, atendiendo a los parámetros del artículo 61 del Código Penal, la pena que se individualizó por el juzgador de primer grado –150 meses - se encuentra dentro del primer cuarto que correspondería a la aplicación del artículo 205 con la modificación de la ley 890, lo cierto es que dejarla incólume significaría un incremento de 22 meses sobre el hito mínimo de 128 meses, cuando el juzgador de primera incrementó apenas 6 meses a los 144 que correspondían a la base de ese primer cuarto de la norma aplicada con quebranto de la legalidad.

En este orden de ideas, queda claro para el suscrito, que el cargo formulado por la apoderada de la defensa, debe prosperar y, en consecuencia, solicito a la Sala se CASE parcialmente la sentencia demandada y se proceda a realizar una nueva tasación punitiva, partiendo de la aplicación de la pena consagrada por el artículo 205 del Código Penal y el artículo 14 de la ley 890 de 2004, para el delito de acceso carnal violento por el cual fue condenado el señor Samuel Najar Alba.

En los anteriores términos rindo el concepto, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 3 del Acuerdo 020 de 2020 de esa Corporación.

De los señores Magistrados,

Atentamente,

**JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO**

**Fiscal Primero Delegado ante la Corte Suprema de Justicia**