



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., 3 de marzo de 2021

Honorables Magistrados
Magistrado Ponente Dr. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRAN
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.

REF. acción de revisión – no. 55.484

Procesado: Luis María Avendaño Cubillos

Accionante: Defensa (Andrea Carolina Díaz Rodríguez)

Delito: Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo con el delito acceso carnal abusivo con menor de catorce años en modalidad agravada

Honorables Magistrados,

Dando alcance al mandato contenido en el artículo 277 numeral 7° de la Carta Política, en aras de defensa del orden jurídico y los derechos y garantías fundamentales, procede la Procuraduría Tercera Delegada para la Casación Penal, a pronunciarse sobre la procedibilidad de la acción de revisión incoada en la demanda presentada a nombre del señor LUIS MARÍA AVENDAÑO CUBILLOS.

I. SENTENCIAS DEMANDADAS:

Sentencia proferida el día 26 de agosto de 2013 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., por medio de la cual confirmó, integralmente, el fallo emitido el día 13 de septiembre de 2012, por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esta ciudad, en virtud del cual se



declaró al señor LUIS MARÍA AVENDAÑO CUBILLOS penalmente responsable de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo con el delito acceso carnal abusivo con menor de catorce años en modalidad agravada, imponiéndole la pena principal de 214 meses de prisión.

II. HECHOS:

Acorde se extractó de la acusación, fueron estos sintetizados en la sentencia de primera instancia en los siguientes términos: *“De los elementos probatorios recaudados se desprende que desde los 9 años de edad, es decir, desde el año de 2005 y el año de 2008, es decir, hasta los doce años de edad, la menor J.H.G.P., fue objeto de abuso sexual por parte de su ABUELASTRO de nombre LUIS MARÍA AVENDAÑO, quien además de tocarle la vagina, los senos le introducía la lengua en la vagina y que se masturbaba encima...”*

III. DEMANDA:

Al amparo de la causal 7ª del artículo 192 de la ley 906 de 2004, a saber, cambio jurisprudencial de los criterios que sirvieron para sustentar la sentencia, en su acápite de punibilidad, la demandante depreca la rescisión parcial de la sentencia acusada y que, en consecuencia, se declare que su prohijado es acreedor del correlativo descuento. Lo anterior, toda vez que, según la providencia No. 46.482 del 7 de octubre de 2015, emanada de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, emitida con ponencia del Dr. EYDER PATIÑO CABRERA, en los eventos de concurso delictual, en los que medie tránsito de legislación, la tasación de la pena se debe verificar tomando como pena base la establecida en la



ley vigente al momento de la comisión de los hechos y no del último comportamiento realizado¹.

De donde, por presentarse en el *sub examine* un incremento injustificado de la pena, frente a la actividad de dosificación de la sanción imponible por el concurso homogéneo y sucesivo de punibles respecto de los cuales obró la declaratoria de responsabilidad penal, se impone la redosificación del quantum sancionatorio, devenido de la vulneración del principio de legalidad pues, al efecto, se debió aplicar la pena aplicable a las conductas concursadas para la época de su comisión².

Esto es, que los hechos materia de la declaración de responsabilidad penal se precisan acaecidos durante los años de 2005 a 2009, mediando el imperio de la Ley 599 de 2000, en su texto original, pero, con la modificación sancionatoria de la Ley 890 de 2004. Siendo, por ende, dicho mandato normativo el que debió aforarse a efectos del establecimiento de la pena atribuible a las conductas objeto de la condena.

Corolario del acto de acusación, se atribuyó al encartado como delito base el reato de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en modalidad agravada, conforme a los artículos 208 y 211 no. 2 del C.P., modificados por la Ley 1236 de 2008.

Siendo así que, en el curso de la sentencia demandada, al momento de determinación de los criterios sobre los cuales se erige la individualización punitiva señaló el Juzgador, aplicar, para el efecto, los extremos sancionatorios contenidos en la Ley 1236 de 2008, cuya vigencia data del 23 de julio de 2008. Desconociendo

¹ Página 4 del libelo.

² Página 5 ejusdem.



así, que las conductas ostentan diversos momentos de ocurrencia y por lo que, en consecuencia, las acaecidas en los años de 2005 al primer trimestre de 2008, debieron quedar cobijadas bajo el tenor sancionatorio del artículo 209 del estatuto sustancial penal, modificado por la Ley 890 de 2004³.

IV. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

Concepto: Admitir la causal planteada

En atención al hecho que la acción de revisión es un mecanismo procesal independiente del proceso judicial ya finiquitado mediante sentencia ejecutoriada y mediante el cual se pretende remover la intangibilidad de la cosa juzgada, a efectos de remediar un contenido de injusticia material. En punto de aplicabilidad de la causal séptima de revisión tiene establecido la jurisprudencia⁴, constituir los elementos vacilares de prosperidad de la solicitud:

- “1. Que la acción se dirija contra una sentencia condenatoria ejecutoriada;*
- 2. Que el fallo sea proferido por un juez o corporación judicial;*
- 3. Que la Sala Penal, en decisión posterior, haya variado la concepción normativa aplicada en el fallo cuya revisión se pide*
- 4. Que el nuevo criterio jurídico expresado sea favorable, en cuanto de mantenerse el anterior comportaría una clara situación de injusticia.”*

³ Página 7 del escrito de demanda.

⁴ SP23952017 del 22 de febrero de 2017, M.P. Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA, Radicado No. 47.143.
PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL
CARRERA 5 NUMERO 15 – 80 PISO 26 TEL. 5878750 EXT. 12626



No obstante, lo cual, al efecto no basta con demostrar la sola variación en el justiprecio del criterio jurídico que constituyó la cimiento de la sentencia cuya remoción se persigue, sino que, adicionalmente, debe probarse que, de mantenerse aquella, ello concitaría una clara injusticia, en atención a que solución ofrecida por la nueva doctrina de la Corte conllevaría a la sustitución del fallo. Tal el caso de la proporcionalidad de la pena.

Así las cosas, adentrándonos en el estudio del sub iudice observamos cómo, ciertamente, al momento de individualización de la pena el despacho *a quo*⁵, atendiendo al hecho que los delitos materia de punición ostentaron ocurrencia para el lapso comprendido entre los años de 2005 a 2009, en que obró la vigencia de diversas normatividades procesales y sustanciales, dando aplicación al principio de “*la razón objetiva*”, por haber sido dicha pluralidad de asuntos tramitados bajo una misma cuerda procesal, daría aplicación a la pena más grave, la contenida en los artículos 208 y 211 No. 2, modificados por la Ley 1236 de 2008.

En tanto que, en materia análoga, en decisión la cual es traída a colación por la demandante⁶, ciertamente la Corte señaló que, en presencia de un tránsito de legislaciones sustanciales penales en la que algunos de los delitos concursantes acaecieron con posterioridad al incremento sancionatorio contenido en la norma posterior pero, otros, se suscitaron bajo el imperio de una norma menos gravosa. La pena base del punible para la sanción de los diversos ilícitos deberá mantenerse incólume al tenor de la disposición más gravosa. No obstante, lo cual, los reatos concursantes, en forma homogénea, deberán ser sancionados al tenor del estatuto sustancial más benéfico al procesado pues, por ser el delito de actos sexuales con

⁵ Página 18 de la sentencia de primera instancia.

⁶ Página 6 de la sentencia de revisión No. SP11642015 del 7 de octubre de 2015, M. P. Dr. EYDER PATIÑO.CABRERA, Radicado No. 46.482.



menor de catorce años de consumación instantánea, para esos eventos, su agotamiento se produjo en vigencia de la norma aplicable para el momento de su comisión, esto es, previo al ingreso en vigor de la Ley 1236 de 2008 y por lo que el fallador plural, para esos específicos casos, estaba impedido para imponer sanciones conforme a la disposición más reciente, dado que se quebrantaría el principio de legalidad de las penas. De donde, la solución debe colegirse por establecer la proporción sancionatoria atribuida a los hechos delictivos acaecidos durante cada una de las fases de ejecución y, en presencia de ello, redosificar la correspondiente a la primera etapa de comisión delictiva⁷.

Acorde con dicha determinación se establece que, efectivamente, el criterio jurisprudencial aplicado en las sentencias de primera y segunda instancia⁸ para la tasación final de la pena, denominado como de “*la razón objetiva*” fue objeto de variación jurisprudencial, para dichos específicos eventos. Estableciendo, además un nuevo modelo o método de aforo de la sanción aplicable, el cual resulta más benéfico al condenado y, por ende, torna en improcedente la intangibilidad de la sentencia actualmente ejecutoriada que, así vista, concita una clara injusticia material. En la decisión de la Sala de Casación de la Honorable Corte Suprema de Justicia citada por la recurrente, la Corporación señaló: “*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 2008⁹, por un lado, y el 8 de noviembre de 2009 y julio de*

⁷ Página 8 de la sentencia de revisión en cita

⁸ Página 9 de la sentencia Ad Quem

⁹ 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.



2010¹⁰ 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.”

Dicho criterio fue abordado, con análoga solución; propia al deber de identificar el error en la sanción y establecer su porcentaje frente al monto total de la pena impuesta, para su corrección; por nuestra jurisdicción en sentencia SP3382 2019 del 13 de febrero de 2019, M.P. Dr. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, Radicado No. 47.675. Acorde a tales derroteros, la demanda cumple con los requisitos exigidos en la causal 7° de revisión imponiendo, la pérdida de intangibilidad de la sentencia demanda para aplicación del cambio jurisprudencial en estudio.

V. SOLICITUD

En consecuencia, esta delegada del Ministerio Público, respetuosamente, solicita de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, declarar fundada la causal de revisión impugnada, conforme a lo estipulado en el numeral 7 del artículo 196 procesal penal y, en consecuencia, disponer la remoción parcial de la intangibilidad de la sentencia demandada, para dar aplicación al cambio jurisprudencial favorable que en materia de tasación punitiva se presenta en este evento. Cordialmente,

PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

¹⁰ 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.