

RV: CASACION

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Lun 16/05/2022 9:36

Para: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

Sustentación

Casación 60969

De: Paula Andrea Ramirez Barbosa <pramirez@procuraduria.gov.co>

Enviado: viernes, 13 de mayo de 2022 6:42 p. m.

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>; Nubia Yolanda Nova Garcia <Nubiang@cortesuprema.gov.co>

Asunto: CASACION

Respetados Señores,

De manera atenta, me permito remitir los alegatos de casación en el asunto de la referencia en el término de ley.

Agradezco su amable atención.

Cordialmente,



Doctor

FABIO OSPTIA GARZON

Magistrado Sala Penal

Corte Suprema de Justicia

E. S. D.

Asunto: Consideraciones recurso extraordinario de casación, postulado contra la decisión de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, presento mi criterio en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes. Lo anterior, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por la defensa del procesado, JANNA ALID HADECHINE TOVAR, contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual CONFIRMÓ la condenatoria emitida el 16 de junio de 2021, por el Juzgado 50 Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó al procesado como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, del artículo 208 del Código Penal, en concurso con actos sexuales con menor de 14 años del artículo 209 ibídem.

1. DE LOS HECHOS

La situación fáctica del asunto de la referencia, fue resumida por el juez de segundo grado, del siguiente tenor literal:¹ *“En 2012, en el apartamento ubicado en la carrera 68 con calle 75 de Bogotá, Janna Alid Hadechine Tovar, hermano de Caroline del Carmen Hadechine Tovar, compañera sentimental de Alirio Traslaviña, aprovechó que su hermana le permitió quedarse a vivir en el lugar, donde también residía el menor H.A.K.T, de 6 años, para tocarle sus partes íntimas y penetrarlo vía anal con su miembro viril. El niño reveló lo sucedido en 2016 a su prima María Esperanza Heredia, quien lo cuidaba, cuando le preguntó por qué su ropa interior frecuentemente quedaba manchada con materia fecal.”*

2. DE LA DEMANDA

El recurrente, formuló los siguientes cargos contra la sentencia del Tribunal, para que la misma sea casada y de la cual se ocupará esta Agencia del Ministerio Público en el presente alegato:²

2.1. CARGO PRIMERO: Nulidad

La censura acusó los fallos de instancia, de estar incurso en nulidad por afectación del debido proceso y del principio de congruencia: *“Acuso la sentencia de segundo grado – también la de primer grado- con fundamento en lo preceptuado por el numeral 2° del Art. 181 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “nulidad por violación a garantías fundamentales”, dimanantes de la violación al debido proceso y el principio de congruencia,*

¹ Fls. 2 y 3 del fallo del Tribunal.

² Fls. 1 al 33 de la demanda de casación.



pues JANNA ALID HADECHINE TOVAR fue imputado sólo por acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, fue condenado por este ilícito más –en concurso- el de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, también agravado, dando lugar así a la causal segunda de casación.”³

Aseveró el accionante, que el ente fiscal le imputó el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, a tenor del artículo 208 del C.P.: *“Descendiendo al caso concreto, la Fiscalía imputó y esgrimió en el escrito de acusación, una misma imputación fáctica y jurídica que nos permitimos insertar la imagen copiada para mayor ilustración. (...) En efecto, en la audiencia respectiva verificada el 17 de noviembre de 2016 ante el Juzgado 79 Penal Municipal con FG, la Fiscalía imputó a JANNA ALID HADECHINE TOVAR, “como presunto autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, a tenor del artículo 208 del código penal”.*⁴

Sobre este aspecto, el impugnante señaló que a pesar de que la imputación inicial se efectuó por el delito del artículo 208 del C.P., se adicionó con el delito de actos sexuales abusivos en menor de 14 años, también agravado: *“Luego, entonces, los recuerdos abusivos de la víctima se centran en dos hechos copulativos cuando se sucedían: los tocamientos y la penetración anal, por ello, la imputación fue solo por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años agravado, pero cuando hubo cambio de Fiscal para la sustentación de la acusación, ADICIONÓ el delito menor de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS EN MENOR DE 14 AÑOS, también agravado”.*⁵

Destacó que al adicionarle este último delito, se vulneró el debido proceso y el principio de congruencia que le asistía: *“En ningún momento se habla que en algunos episodios repetitivos (concurso homogéneo) se efectuaran solo tocamientos (actos), sino que eran los dos a la vez, “y” conjunción copulativa, nunca se mencionó la “o” conjunción disyuntiva, para referir que en alguna sazón hubo solo tocamientos o actos abusivos, sino que los dos sucedieron siempre a la vez, en las ocasiones en que ello ocurrió. Así lo imputó la Fiscalía y lo dejó plasmado en el escrito acusatorio, solo que, en la audiencia, al haber cambio de Fiscal, adicionó el delito de actos sexuales abusivos, con lo cual ciertamente así se trate de un delito menor, se vulneró el debido proceso y el principio de congruencia.”*⁶

2.2. CARGO SEGUNDO: Nulidad

Resaltó en este cargo la censura, que le fueron vulneradas las garantías fundamentales por la indebida o incompleta motivación respecto del incremento punitivo dentro del ámbito de movilidad del primer cuarto mínimo: *“Acuso la sentencia de segundo grado –también la de primer grado- con fundamento en lo preceptuado por el numeral 2° del Art. 181 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “nulidad por violación a garantías fundamentales”, dimanantes de una indebida o incompleta motivación respecto del incremento punitivo dentro del ámbito de movilidad del primer cuarto mínimo, pues es notorio que el Juez singular realizó una indebida, incompleta o deficiente motivación del Art. 61 del código penal, dando así eclosión al rompimiento de una regla del debido proceso, piedra angular del derecho de defensa.”*⁷

Destacó el accionante, que el juez indicó que no podía partir del mínimo elegido, sino que partió de 196 meses, lo que equivale a un aumento de cuatro meses sobre el tope mínimo del cuarto de movilidad escogido: *“Más allá de recordar que el hecho es grave pues el acusado osadamente se determinó a vulnerar tan sagrado bien jurídico como es la libertad, integridad y formación sexuales de que es titular H.A.K.T.C., aprovechándose que su*

³ Fls. 10 y ss. de la demanda.

⁴ Fl. 13 de la demanda.

⁵ Fls. 14 y 15 de la demanda de casación.

⁶ Fls. 15 y 16 del libelo demandatorio.

⁷ Fls. 22 y 23 de la demanda.



progenitor le había permitido alojarse en su casa por la confianza depositada en él como su cuñado, no podía esperar que el menor fuera abordado sexualmente, lo cual denota su absoluta falta de respeto por la indemnidad sexual, con lo cual, sin ninguna otra explicación, indicó que no podía partir del mínimo elegido, sino que partió de 196 meses, lo que equivale a un aumento de cuatro (4) meses sobre el tope mínimo del cuarto de movilidad escogido debidamente.”⁸

Anotó el demandante, que el fallo no hizo ninguna alusión sobre el daño mayor o menor causado, real o potencial creado, ni la intensidad del dolo así como tampoco sobre la necesidad de pena y la función que se debía cumplir en el caso concreto y que solamente hizo remembranza al sagrado bien jurídico de la libertad, integración y formación sexual que, al fin y al cabo, es el bien jurídico tutelado por el Art. 208 del C.P.: *“Ninguna elucubración hizo sobre el daño mayor o menor, real o potencial creado, la intensidad del dolo ni sobre la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.”⁹*

Insistió en que el juez no expresó las razones por las cuales la sanción se incrementó en 4 meses, por encima del mínimo del cuarto mínimo de punibilidad: *Nótese, entonces, que no se expresaron las razones por las cuales la sanción se incrementó en 4 meses por encima del mínimo del cuarto mínimo de punibilidad, más allá de la referencia a cuestiones atinentes a los ingredientes del tipo penal del Art. 208 del C. P. y al agravante punitivo específico del numeral 5° del Art. 211 ídem, pues sin lugar a hesitación, se trata de un hecho grave que atenta contra el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales de un menor de 14 años y que por ser el acusado cuñado del progenitor del menor, pues no esperaba que abusara del menor que, por lo mismo, apareja una pena considerable mínima de 192 meses de prisión, como lo individualizó el fallador en el cuarto mínimo de punibilidad.”¹⁰*

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Casar parcialmente la sentencia del Tribunal de Bogotá, del 20 de agosto de 2021

3.1. AL CARGO PRIMERO: Nulidad

La censura adujo que los fallos de instancia vulneraron el debido proceso y el principio de congruencia que le asistía, pues a pesar de que la imputación inicial se efectuó por el delito del artículo 208 del C.P., se adicionó con el delito de actos sexuales abusivos en menor de 14 años, también agravado: *“Sobre este aspecto, el impugnante señaló que a pesar de que la imputación inicial se efectuó por el delito del artículo 208 del C.P., se adicionó con el delito de actos sexuales abusivos en menor de 14 años, también agravado: “Luego, entonces, los recuerdos abusivos de la víctima se centran en dos hechos copulativos cuando se sucedían: los tocamientos y la penetración anal, por ello, la imputación fue solo por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años agravado, pero cuando hubo cambio de Fiscal para la sustentación de la acusación, ADICIONÓ el delito menor de ACTOS SEXUALES ABUSIVOS EN MENOR DE 14 AÑOS, también agravado.”¹¹*

En este contexto, desbrozaremos si le asiste o no razón al recurrente en sus argumentaciones. El problema jurídico a resolver en el sub examine, se contrae a elucidar si el fallo atacado está incurso en el yerro alegado, al desconocer que se vulneró el debido proceso y el principio de congruencia que le asistía al procesado, pues a pesar de que la imputación inicial se efectuó por el delito del artículo 208 del C.P., se adicionó con el delito

⁸ Fl. 29 de la demanda.

⁹ Fl. ídem.

¹⁰ Fls. 30 y 31 del libelo.

¹¹ Fls. 10 y 11 del libelo.



de actos sexuales abusivos en menor de 14 años, también agravado, del artículo 209 ibídem.¹²

En esta dirección, es necesario destacar primero que, según la imputación del 17 de noviembre de 2016, se formuló acusación al encartado **HADECHINE TOVAR**, ante el Juzgado 79 Penal Municipal con función de Control de Garantías, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y sucesivo:¹³

“En consecuencia, la Fiscalía General de la Nación acusa a JANNA ALID HADECHINI TOVAR, identificado con C.C. 1.103.109.677, por la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO, ya que los hechos denunciados se encuadran en los tipos penales establecidos en el Código Penal en el Libro Segundo, Título IV: Delitos contra la Libertad, integridad y formación sexual”.

Ahora, según el escrito de acusación del 24 de mayo de 2017, se formuló acusación ante el Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá, por las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y actos sexuales con menor de 14 años también agravado, en concurso homogéneo y sucesivo:

“Presentado el escrito de acusación, el 24 de mayo de 2017, ante el Juzgado 50 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, la Fiscalía 229 Seccional acusó a Hadechine Tovar por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y actos sexuales con menor de 14 años agravado -adicionó este último-, ambos en concurso homogéneo y sucesivo artículos 208, 209 y 211 CP-.”

Según lo expuso la censura, alegó que la imputación se efectuó únicamente por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años agravado, pero cuando hubo cambio de fiscal para la sustentación de la acusación, adicionó el delito de actos sexuales abusivos en menor de 14 años, también agravado y este aspecto le afectó el debido proceso y el principio de congruencia. Le asiste razón al demandante y esta circunstancia constituye una irregularidad que afecta el debido proceso del enjuiciado y el fallo deberá ser casado parcialmente.¹⁴

Nótese que el fallo del ad quem, en unidad con el fallo del a quo, condenó al encartado, **JANNA ALID HADECHINE TOVAR**, por los delitos de acceso carnal abusivo en menor de 14 años agravado y actos sexuales abusivos en menor de 14 años, también agravado, pero los mismos no se profirieron en consonancia con la acusación, la cual se contraía cabalmente a que se le acusó por parte del ente fiscal, como presunto autor responsable a título de dolo, únicamente por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años agravado, consagrado en el artículo 208 del C.P., a pesar de que el propio tribunal estimara que solo se le hubiera imputado jurídicamente el segundo de ellos:¹⁵

“La sala no advierte vulneración al principio de non bis in ídem. Desde la audiencia de formulación de imputación, se dejó claro que H.A. fue víctima de tocamientos sexuales libidinosos y de penetración vía anal por parte del procesado. Lo anterior, llevó a que a Janna Alid se lo acusara por los delitos de actos sexuales con menor de 14 años y de acceso carnal abusivo en menor de 14 años, ambos agravados y en concurso homogéneo y sucesivo, por los que fue condenado, independiente de que solo se le haya imputado

¹² Fls. 10 y ss. de la demanda.

¹³ Fls. 2 y 3 de la imputación.

¹⁴ Fls. 1 al 20 fallo del tribunal.

¹⁵ Fl. 17 del fallo del ad quem.



jurídicamente el segundo de ellos, debido a que lo importante es que fácticamente también se le imputó la primer conducta.”

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 446 del C.P.P., se consagra el principio de congruencia, según el cual, el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena. Como se vio, el acusado fue declarado culpable por parte de los fallos de instancia, de los delitos de actos sexuales con menor de 14 años y de acceso carnal abusivo en menor de 14 años, ambos agravados y en concurso homogéneo y sucesivo, cuando la acusación de la fiscalía, del 17 de noviembre de 2016, ante el Juzgado 79 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, se efectuó únicamente por el primer delito.¹⁶

“Por esta situación fáctica el día 17 de noviembre de 2016, se formuló imputación ante el juzgado penal municipal con función de Control de Garantías, en contra del ciudadano JANNA ALID HADECHINI TOVAR, identificado con C.C. 1 103.109.677, por la conducta punible de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO; de igual forma en dicha audiencia el Juez le puso en conocimiento los derechos que le asisten al imputado al tenor del Art. 80 del C.P.P.”

Si bien, de la descripción fáctica se entendería que el procesado incurrió en los dos delitos, así no le fue endilgado en la imputación y solo en la acusación se adicionó el delito del artículo 209 del C.P., pero incluso en el escrito acusatorio, la fiscal del caso extrañamente señaló que mantenía la calificación hecha en la formulación de imputación: *“En consecuencia, esta delegada MANTIENE la calificación hecha en la formulación de imputación”*.¹⁷

La imputación y la acusación son aspectos estructurales del sistema de enjuiciamiento penal regulado en la Ley 906 de 2004 y por esto no puede darse por implícito un delito, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podía inferirse de los hechos, como lo entendió el fallo del tribunal, de que ambos delitos concursaron de manera heterogénea.¹⁸

“En juicio oral, con la declaración que rindió la víctima, quedó claro que, en efecto, dichos delitos concursaron de manera heterogénea, pues como H.A.K.T. lo informó, el procesado unas veces le tocó el pene con sus manos, otras veces lo penetró por el ano, y otras veces pasaron ambas cosas.”

La Corte Suprema de Justicia, en el fallo con Radicación No. 58.660, señaló que a la Fiscalía no le es permitido “inflar” la imputación o la acusación y que tampoco puede darse por “sobrentendido” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado de manera explícita por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos:¹⁹

“Aunque extenso, el acopio que se transcribe sirve de norte necesario para dilucidar la cuestión planteada ante esta sede, pues, respecto de los puntos trascendentes que importa destacar para el efecto, con precisión se detalla: (i) la imputación, en el apartado fáctico, debe gobernarse por la inclusión de todos los factores que inciden en el delito, de cara a la hipótesis jurídica que estima la Fiscalía se materializa, acorde con el juicio de imputación previamente elaborado; (ii) a la Fiscalía no le es permitido “inflar” la imputación o la acusación; (iii) no es posible plantear hechos que conduzcan a hipótesis jurídicas

¹⁶ Fls. 2 y 3 de la imputación.

¹⁷ Fl. 3 del escrito de acusación.

¹⁸ Fl. 17 fallo del tribunal.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 7 de julio de 2021. Radicación No. 58.660. M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.



alternativas; (iv) en concordancia con los hechos imputados u objeto de acusación, la Fiscalía debe precisar cuál es el cargo o cargos que de ellos se extractan, sin que, entonces, en la acusación pueda extractar de los hechos otra diferente conducta, como quiera que cada delito debe ser objeto del planteamiento del cargo respectivo, desde la imputación, (v) si se estima necesario formular nuevos cargos, o de los hechos se extracta otro delito y ya se hizo la imputación, debe pedirse ampliación para el efecto; y (vi)) no puede darse por “sobrentendido” un cargo, cuando el mismo no ha sido planteado expresamente por la Fiscalía, bajo el argumento de que podría inferirse de los hechos.”

Ahora, estos mismos conceptos, que regulan el interregno entre la imputación y el fallo, operan con mayor vigor respecto del fallo y su contenido, de cara a los hechos jurídicamente relevantes y su efecto sobre la hipótesis pasible de extractar para emitir condena.

Vale decir, si la Fiscalía al formular la imputación y presentar la acusación, despejó un concreto delito, acorde con su valoración de los hechos planteados, sin que estimara necesario incluir otros punibles, ni tampoco ampliar la imputación para incluir los demás que presuntamente se extracten de la delimitación fáctica, de ninguna manera es factible que el juzgador extraiga de esos hechos la nueva conducta, así sea de menor entidad, y con ello deje de condenar por la que fue objeto de acusación, en tanto, la decisión no solo viola el debido proceso en su estructura, sino que afecta garantías fundamentales”.

Esa necesaria congruencia que se debe predicar entre acusación y sentencia, es un principio estructural del debido proceso penal y garantía fundamental, que impone que el fallo guarde una adecuada relación de conformidad con el escrito de acusación en sus diferentes aspectos, tanto coherencia personal, como fáctica y jurídica, pero que en el asunto sub examine no se respetó por parte de los fallos de instancia.²⁰

En este sentido, la congruencia personal, se deriva de que exista correspondencia entre la acusación y decisión respecto a los sujetos procesales, es decir el fallo debe resolver la situación jurídica de cada uno de los sujetos que fueron objeto de imputación en la acusación respectiva. Por su parte, la fáctica consiste en la identidad entre los hechos y las circunstancias plasmadas en la acusación con los fundamentos del fallo y, finalmente, la congruencia jurídica dice relación a que exista coincidencia en la calificación dada a los hechos en la acusación y los consignados en el fallo de fondo.

Como se vio, el ente fiscal, incluso en el escrito acusatorio, inexplicablemente señaló que mantenía la calificación hecha en la formulación de imputación, es decir, la referida a que se le había acusado únicamente al encartado como autor del delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años, tipificado en el artículo 208 del C.P.: *“En consecuencia, esta delegada MANTIENE la calificación jurídica hecha en la formulación de imputación.”*²¹

La Corte Suprema de Justicia, en el fallo con Radicación No. 41.220, señaló que el principio de congruencia constituye garantía derivada del debido proceso y que su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal si es sujeto de condena, lo sea por los mismos cargos por los que se le acusó.²²

“El mencionado principio constituye garantía derivada del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y su finalidad es asegurar que el sujeto pasivo de la acción penal sea condenado, si hay lugar a ello, por los mismos cargos por los que se le

²⁰ Fls. 1 al 20 fallo del ad quem.

²¹ Fl. 3 del escrito de acusación.

²² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de junio de 2013. Radicación No. 41.220. M.P. María del Rosario González Muñoz.



acusó, sin lugar a sorprenderse a última hora con imputaciones frente a las cuales no tuvo oportunidad de ejercer el derecho de contradicción.

Dicho postulado implica, como lo ha dicho la Sala de manera pacífica y reiterada, que las conductas punibles por las cuales se deduzca responsabilidad penal deben quedar definidas clara, expresa y previamente en la resolución de acusación, tanto en su apartado fáctico, como en su denominación jurídica concreta.

Tiene también establecido la Sala que la congruencia fáctica es absoluta, esto es, que los hechos deben ser necesariamente los mismos de la acusación, mientras la jurídica es relativa, pues la legislación colombiana permite al juez condenar por una especie delictiva distinta de la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando respete el núcleo básico de la conducta atribuida y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor.

En esas condiciones, se quebranta el principio en alusión cuando el juzgador al dictar la sentencia desborda el marco fáctico fijado por el enjuiciamiento, o condena por una especie delictiva distinta de la que fue objeto de acusación, o incluye circunstancias de agravación no deducidas en el calificadorio, o desconoce las atenuantes que allí se reconocieron o, deja de considerar uno o varios delitos sobre los que ha debido pronunciarse, o condena a una persona que no fue acusada, entre otras eventualidades posibles de presentarse.”

Por lo anterior, se denota que procede el quiebre parcial del fallo por la causa aludida en el libelo demandatorio, en tanto se demostró la afectación del principio de congruencia alegado, toda vez que el fallo del Tribunal de Bogotá al confirmar el fallo del a quo, no guardó plena correspondencia con la imputación formulada por parte del ente persecutor, y en la adición de la acusación, en la cual se acusó al encartado **JANNA ALID HADECHINE TOVAR**, como autor del delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años, agravado y los fallos de instancia profirieron condena por los dos delitos de los artículos 208 y 209 del C.P., lo cual significa que se desbordó el marco fáctico fijado por el enjuiciamiento y, por ello, el cargo primero propuesto deberá ser atendido y casarse parcialmente el fallo.

3.2. AL CARGO SEGUNDO: Nulidad

La censura adujo le fueron vulneradas las garantías fundamentales, ante la indebida o incompleta motivación respecto del incremento punitivo que debió efectuarse dentro del ámbito de movilidad del primer cuarto mínimo: *“Acuso la sentencia de segundo grado – también la de primer grado- con fundamento en lo preceptuado por el numeral 2° del Art. 181 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “nulidad por violación a garantías fundamentales”, dimanantes de una indebida o incompleta motivación respecto del incremento punitivo dentro del ámbito de movilidad del primer cuarto mínimo, pues es notorio que el Juez singular realizó una indebida, incompleta o deficiente motivación del Art. 61 del código penal, dando así eclosión al rompimiento de una regla del debido proceso, piedra angular del derecho de defensa.”*²³

Sobre ese aspecto, se dirá que también le asiste razón al impugnante, toda vez que a pesar de que el fallo del a quo indicó que, por encontrarse frente a un concurso de conductas punibles, de acuerdo al artículo 31 del C.P., era necesario tasar la pena partiendo de la conducta de mayor gravedad:²⁴

“Atendiendo los parámetros señalados para la determinación de la pena se deben tener en cuenta los artículos 54 a 61 del C. P., teniendo entonces que nos encontramos frente a un

²³ Fl. 22 de la demanda.

²⁴ Fl. 17 fallo del a quo.



concurso de conductas punibles, de acuerdo al artículo 31 Ibídem es necesario tasar la pena partiendo de la conducta de mayor gravedad, para lo cual se efectuará el ejercicio aritmético correspondiente.”

La decisión de primer grado, sobre dicho tópico enunció que al no deducirse circunstancias de mayor punibilidad y por el contrario, si apreció una de menor punibilidad referida a la carencia de antecedentes prevista en el numeral primero del artículo 55 del C.P., elegía el cuarto mínimo para continuar en el proceso de dosificación punitiva:²⁵

“Dado que no se dedujeron circunstancias de mayor punibilidad y si en cambio se aprecia una de menor punibilidad referida a la carencia de antecedentes prevista en el numeral primero del artículo 55 del C.P., debe el Estrado elegir el cuarto mínimo para continuar en el proceso de dosificación de la pena, es de 192 a 234 meses de prisión”.

En relación con los fundamentos para la individualización de la pena, el fallo de primera instancia indicó que, el procesado se determinó a vulnerar el sagrado bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales del menor H.A.K.T.C. aprovechándose que su progenitor le había permitido alojarse en su casa por la confianza depositada en él:²⁶

“De otra parte, al examen que impone el inciso tercero del artículo 61 del C.P., que consagra aspectos que deben ser valorados por el operador judicial para la dosificación de la pena, debe decirse que se trata de un hecho grave como que osadamente el señor JANNA ALID HADACHINE TOVAR se determinó a vulnerar tan sagrado bien jurídico como lo es la Libertad, integridad y formación sexuales de la que es titular H.A.K.TC aprovechándose que su progenitor le había permitido alojarse en su casa por la confianza depositada en él como su cuñado, de manera que no podía esperar el menor ser abordado sexualmente por el procesado, todo lo cual denota su absoluta falta de respeto por la indemnidad sexual, frente a quien ostentaba la condición de garante.”

En este sentido, la providencia de primera instancia indicó que no arrancaría del cuarto mínimo elegido de 192 meses, sino que partiría de una pena de 196 meses de prisión, por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, aumentado en 20 meses por el concurso homogéneo:²⁷ *“Razones por las cuales este Despacho no puede partir del mínimo elegido como lo solicita el señor defensor, sino que impondrá una pena de 196 meses por el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO y se aumenta en 20 meses por el concurso homogéneo, para un total de doscientos dieciséis (216) meses por ese reato.”*

En relación del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, previsto en el artículo 209 del C.P., aseveró el fallo que elegía el cuarto mínimo que va de 144 a 166

²⁵ ARTÍCULO 55. CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PUNIBILIDAD. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:

1. La carencia de antecedentes penales. (...)

²⁶ Página 17 fallo de primer grado.

²⁷ ARTÍCULO 208. ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.



meses, pero que no impondría el mínimo allí previsto, sino 148 meses, incrementado en 20 meses por el concurso homogéneo.²⁸

“Con fundamento en las mismas consideraciones del punible anterior, se tiene que el cuarto elegido es el mínimo que va de 144 a 166 meses y 15 días de prisión y; dada la gravedad del delito no se impondrá el mínimo allí previsto sino 148 meses que se incrementaran en 20 meses por el concurso homogéneo, para un total de ciento sesenta y ocho (168) meses por ese delito.

Como se vio, a pesar de que el juez de primer grado indicó que partiría del cuarto mínimo; empero, no impuso la pena dentro del ámbito de movilidad del primer cuarto sino que decidió incrementarla en 48 meses por el concurso de delitos, cuando el juez no podía caprichosamente moverse dentro del cuarto de punibilidad seleccionado, en este caso, el mínimo, pues el mismo fallo reconoció que no existían agravantes de punibilidad pero si una atenuante de menor punibilidad y por esto el cargo segundo deberá ser acogido.²⁹

“Como se trata de un concurso heterogéneo, conforme al art. 31 del C.P. se tiene que el delito de mayor entidad punitiva es el de ACCESO CARNAL que se fijó en doscientos dieciséis (216) meses por ese reato, el que se incrementa en cuarenta y ocho (48) meses por el concurso con ACTOS SEXUALES, para una pena definitiva de doscientos sesenta y cuatro (264) meses de prisión que deberá afrontar JANNA ALID HADECHINE TOVAR como autor del delito ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS en concurso heterogéneo con ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO, ambos en concurso homogéneo y sucesivo.”

Se denota que el cuarto mínimo anunciado por el juez de primer grado no fue respetado y que los cuatro meses adicionales impuestos, en verdad, no tuvieron justificación alguna, en la medida que los fundamentos para ese incremento se revelan insuficientes, más aún cuando el mismo fallo registró que no existían agravantes de punibilidad pero si una atenuante de menor punibilidad, por tanto, el interés punitivo quedaba satisfecho e inmerso en los 192 meses, monto al cual solamente se le debían sumar, conforme las reglas del concurso delictual, los 48 meses que los falladores en su discrecionalidad reglada dedujeron por el concurso de delitos, que como se determinó del desarrollo del primer cargo, el ente fiscal anuncio se mantenía la calificación hecha en la formulación de imputación, es decir, la referida a que se le había acusado únicamente al encartado como autor del delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años, tipificado en el artículo 208 del C.P.³⁰

La Corte Suprema de Justicia, en el fallo con Radicación No. 54.108, sobre el deber de motivar el proceso de individualización de la pena, señaló que es obligación del juez sustentar correcta y suficientemente la determinación en concreto de la pena, siguiendo los principios consignados en el Código Penal.³¹

²⁸ ARTÍCULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. <Artículo modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

²⁹ Fl. 18 fallo de primer grado.

³⁰ Fl. 3 del escrito de acusación.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de agosto de 2020. Radicación No. 54.108. M.P. Eugenio Fernández Carlier.



“Tratándose de la dosificación punitiva, es deber del fallador sustentar correcta y suficientemente la determinación en concreto de la pena, siguiendo los principios consignados en los artículos 3º y 53 del Código Penal.

Ello porque a través de las razones expuestas en la decisión judicial se garantiza plenamente el respeto a los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa en su componente del derecho a impugnar, pues solo se puede debatir de forma efectiva cuando se conocen los argumentos que justifican la imposición de la pena en concreto.

Ahora bien, la dosificación de la sanción en el caso específico exige el acatamiento de unas precisas pautas previstas en la ley, cuya finalidad es propender por la objetividad y razonabilidad en la determinación de la sanción penal y no que sea el resultado del capricho y abuso del operador judicial, en desmedro del principio de legalidad de la pena contenido en el artículo 29 de la Carta Política. De esta forma, los artículos 54 a 62 del Código Penal establecen los parámetros que se deben acatar en el proceso de individualización de la pena.

En ese contexto, el proceso dosimétrico comprende cuatro fases, claramente diferenciadas por el código, que se cumplen progresivamente. La primera, de determinación de los extremos o límites punitivos del delito, o denominada fijación del marco de punibilidad, reglamentada en el artículo 60 del Código Penal, en la que el juez debe establecer la sanción mínima y máxima aplicable, teniendo en cuenta únicamente las circunstancias específicas que agravan y atenúan la ilicitud para el caso concreto (el tipo básico o especial y los subordinados, que tengan la connotación de ser circunstancias especiales – no genéricas- y además que concurran con la consumación del delito, esto es, deben ser circunstancias delictuales no posdelictuales).

La segunda fase de la dosificación de la pena, comprende la fijación del monto o cuarto de movilidad, que implica restar del máximo de la sanción el mínimo previsto y dividir ese resultado en cuatro partes, el que será factor común para establecer los extremos de los cuartos de punibilidad (uno mínimo, dos medios y uno máximo), proceso que reglamenta el inciso primero del artículo 61 ejusdem.”

Denótese que el artículo 61 del C.P., dentro de los fundamentos para la individualización de la pena, consagra que una vez establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el juez la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.³²

³² ARTÍCULO 61. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2098 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño



Entonces, el Tribunal de Bogotá en unidad con el fallo del a quo, desconoció el principio de legalidad al agregar un monto que ya estaba cobijado en la pena básica -192 meses-, en otras palabras, al sumar cuatro meses más por el delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años, tipificado en el artículo 208 del C.P. e incrementar la sanción injustificadamente a 196 meses de prisión y de paso contrarió la regla que el mismo fallo había fijado, como fue iniciar la tasación a partir del extremo mínimo del cuarto mínimo y por esto el fallo deberá ser casado parcialmente.³³

Por todo lo anterior, se solicita respetuosamente a la Corte, **CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada del Tribunal de Bogotá**, del 20 de agosto de 2021, en cuanto confirmó la condena impuesta al enjuiciado, **JANNA ALID HADECHINE TOVAR**, por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, del artículo 208 del Código Penal, en concurso con actos sexuales con menor de 14 años del artículo 209 ibídem, y ante ello, se deberá proceder a la redosificación correspondiente, conforme a los artículos 3, 54, 55 y 58 al 61 del C.P.³⁴

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA

Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

PARB/Miguel Ángel.

real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

³³ Fls. 22 y ss de la demanda.

³⁴ ARTÍCULO 61. FUNDAMENTOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2098 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrente, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.