

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
MAGISTRADA PONENTE**

**SP16821-2016
Radicación No. 47612
Acta No. 360**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS

Surtido el trámite contenido en el artículo 195 de la Ley 906 de 2004, resuelve la Sala la demanda de revisión formulada por el apoderado del condenado GONZALO CASTILLO MONTAÑO.

HECHOS

En la decisión de primera instancia se consignaron así:

El 23 de noviembre de 2009, la niña [A1]¹ de diez años de edad, fue conducida por su progenitora... a un control médico por algunas dolencias de salud, pero al practicársele un parcial de orina en los resultados se observó la presencia de espermatozoides, por lo que al iniciarse la investigación preliminar la niña informó que... GONZALO CASTILLO MONTAÑO, aprovechaba los momentos cuando su madre la dejaba a su cuidado para besarla en la boca y accederla carnalmente al punto que eyaculaba en su vagina...

ACTUACIÓN PROCESAL

En la audiencia de formulación de imputación, GONZALO CASTILLO MONTAÑO se allanó al cargo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado², que le endilgó la Fiscalía. Agotado el trámite correspondiente, el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá dictó sentencia, el 19 de agosto de 2010, condenándolo a la pena de 20 años de prisión como autor del delito referido, igual monto en el que fijó la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

¹ De conformidad con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, la Sala omite hacer referencia alguna al nombre de la menor víctima del delito o a información que permita su individualización.

² Por la confianza de la víctima en el autor del delito.

La decisión de primer nivel fue apelada por su defensor, pero la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, a través del fallo dictado el 20 de octubre del mismo año, la confirmó integralmente. No se interpuso recurso alguno contra ese proveído, que adquirió firmeza en la misma fecha³.

LA DEMANDA DE REVISIÓN

El defensor de GONZALO CASTILLO MONTAÑO invocó la causal 7ª contenida en el artículo 192 de la Ley 906 de 2004.

En ese sentido, explicó que en la decisión CSJ SP, 27 de febrero de 2013, Rad. 33.254, la Corte determinó que en los casos en los que los procesados se sometieran a la figura del allanamiento o al preacuerdo por delitos de extorsión y no se les reconociera rebaja de pena por la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, era procedente excluir de la condena el incremento genérico regulado en la Ley 890 de 2004.

Pero además, en la providencia CSJ SP, 4 de marzo de 2015, Rad. 37.761 se complementó ese criterio para decir, que cuando se tratara de una víctima menor de edad también era procedente excluir de la dosificación punitiva el aludido incremento genérico de penas.

³ Folio 22 reverso del cuaderno de la Corte.

Para el caso, entonces, como la condena de su defendido se vio agravada por el incremento punitivo aludido, según lo expuesto por el Tribunal en la sentencia de segundo grado, se hace necesario revisar la sanción impuesta y así, redosificar la pena para excluir de ella el incremento genérico del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 que se le aplicó.

Es su petición, entonces, que se declare fundada la causal 7^a de revisión invocada y en consecuencia, que se redosifique la condena.

ACTUACIÓN SURTIDA EN LA CORTE

El 30 de marzo de 2016 se admitió la demanda y se solicitó el expediente que se pide revisar. No se dispuso el traslado para la práctica de pruebas en atención a la naturaleza de la causal invocada⁴, razón por la que se declaró superada esa etapa y se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de alegatos de conclusión.

ALEGATOS DE LAS PARTES

La audiencia pública correspondiente se llevó a cabo el 11 de octubre del presente año. A ella asistieron la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y el defensor público del demandante en revisión.

⁴ Como lo dispuso la Sala de Casación Penal en sesión del 3 de junio de 2015.

En la citada diligencia, insistió el apoderado de CASTILLO MONTAÑO en que a su defendido se le había impuesto una sanción más gravosa que la pretendida por el legislador. Aun cuando se allanó a cargos en la diligencia de imputación, se le impuso el incremento genérico de la Ley 890 de 2004 sin el reconocimiento de rebaja alguna por prohibición del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Agregó el abogado que se conculcó la garantía de defensa que le asistió dentro del proceso, pues se le condenó por acceso carnal abusivo aun cuando *«el dictamen pericial no menciona dicho asunto»*.

Por su parte, la representante del Ministerio Público indicó que en la sentencia condenatoria quedó claro que la dosificación punitiva se llevó a cabo con sustento en el artículo 6° de la Ley 1236 de 2008 que fijaba los extremos punitivos de 12 a 20 años, lo que se incrementó de una tercera parte a la mitad, por razón de la circunstancia específica de agravación que le endilgó el ente acusador.

Entonces, cuando se le impuso sanción a GONZALO CASTILLO MONTAÑO no se le aplicó el incremento genérico de penas de la Ley 890, sino la sanción establecida en la mencionada Ley 1236, por lo que, en criterio de la delegada, no es posible dar aplicación al precedente jurisprudencial invocado en sustento de la demanda. Esa situación impone que se declare infundada la demanda propuesta.

CONSIDERACIONES

1. El defensor de GONZALO CASTILLO MONTAÑO, demanda la revisión de la sentencia dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la decisión proferida por el Juzgado 25 Penal del Circuito de esta ciudad.

En sustento de su petición, pide a la Sala que inaplique el incremento punitivo de que trata el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 en la condena impuesta a su prohijado, atendiendo a la postura que esta Corporación adoptó a partir de las decisiones CSJ SP, 27 de febrero de 2013, Rad. 33254 y CSJ SP, 4 de marzo de 2015, Rad. 37.761.

En la providencia 33.254 la Corte Suprema de Justicia precisó, en lo fundamental, que el incremento general de penas previsto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 no tiene aplicación cuando el procesado propicia la terminación anticipada del proceso por la vía de los allanamientos o los acuerdos, y no recibe a cambio beneficios o descuentos punitivos en virtud de la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006⁵. En criterio de la Sala, proceder de tal manera resulta lesivo del principio de proporcionalidad de la pena.

⁵ ARTÍCULO 26: “*Exclusión de beneficios y subrogados*. Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio o subrogado penal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz”.

Y en la sentencia 37.761, la Sala aplicó similar interpretación para los casos en que no sea procedente conceder beneficios a los condenados por delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, por razón de la prohibición contenida en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006⁶.

Se dijo en aquella oportunidad que:

...cuando del delito de homicidio agravado de niños, niñas y adolescentes se trate, en principio, la dosimetría punitiva se realizará teniendo en cuenta: (i) las disposiciones del artículo 103 del Código Penal que consagra el tipo básico de homicidio y le asigna una pena entre 13 años y 25 años de prisión; (ii) el agravante punitivo contenido en el canon 104 de la Ley 599 de 2000, según el cual la pena oscilará de 25 a 40 años de prisión, o, lo que es lo mismo, de 300 meses a 480 meses, y; (iii) el incremento punitivo genérico consagrado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004...

(...)

⁶ Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:
(...)

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.

8. Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.

Sin embargo, en el caso que se estudia, la Sala corrobora que el procesado se allanó a cargos durante la audiencia de formulación de imputación que se llevó a cabo el 1º de junio de 2011, cuya legalidad fue verificada y aprobada el 17 del mismo mes y año, decisión por la que no obtuvo beneficio penal alguno, conforme con lo dispuesto por el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

En este contexto, debe la Sala determinar si la gravedad del comportamiento castigado se corresponde con la magnitud de la sanción penal, de manera que su aflictividad no supere la gravedad del delito al que se vincula como consecuencia jurídica. Así, tenemos que el juicio de proporcionalidad abstracta realizado por el legislador del año 2000, lo condujo a estipular, para los casos del delito de homicidio agravado, una escala punitiva de 15 a 40 años de prisión. En otros términos, las consideraciones que tuvo en cuenta el legislador acerca de la gravedad del delito de homicidio agravado, teniendo en referencia la sanción prevista para otras conductas delictuales, lo llevó a establecer como pena proporcional la pena anteriormente referida, que, como se ha visto, se aumentó con ocasión de los diminuentes punitivos susceptibles de ser alcanzados como producto de los mecanismos de justicia consensuada, que no tuvieron aplicación en el presente asunto.

De acuerdo a lo anterior, si bien la proporcionalidad entre el delito y la pena inicialmente establecida por el legislador del 2000, se cercena cuando en virtud de la implementación de los mecanismos de justicia premial se otorgan prebendas punitivas al procesado, pues la pena deja de guardar la debida relación con la gravedad del delito y con los fines del derecho penal, lo que justifica el incremento de penas del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, en la misma vía argumentativa habrá de concluirse que, cuando la razón que fundamenta el aumento punitivo desaparece, se torna desproporcionada su implementación...

Por ello, de conformidad con el análisis anteriormente realizado, salta a la vista que en este caso, **la aplicación del incremento punitivo de la Ley 890 de 2004 resulta improcedente**, pues su finalidad no se halla justificada y constituye una intervención desproporcionada a su derecho fundamental a la libertad personal, **como quiera que pese a la admisión de responsabilidad realizada por el procesado durante la audiencia de formulación de la imputación no se le disminuyó la pena, ni se le otorgó beneficio penal alguno, teniendo en cuenta la expresa prohibición del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, razón por la cual emerge como margen punitivo racionalmente aplicable el contenido en la Ley 599 de 2000 sin el agravante del artículo 14 de la Ley 890 de 2004.**

En suma, **aplicar a la dosificación de la pena impuesta... el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004, resulta a todas luces desproporcionada**, puesto que agrava su situación más allá de lo previsto por el legislador cuando realizó su juicio de proporcionalidad abstracta...

En consecuencia, al realizar la Sala el control de constitucionalidad a la pena impuesta en el presente asunto al procesado, advierte que con ella se viola el criterio valorativo fundamental de proporcionalidad, determinante del máximo de la sanción penal imponible, pues en el caso concreto, debido a la prohibición de beneficios penales de la Ley 1098 de 2006, pierde su justificación el incremento punitivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, que como se ha analizado, pretende que no resulten irrisorias y desproporcionadas las penas cuando se apliquen las gracias punitivas que en virtud de allanamientos, preacuerdos, negociaciones o aplicación del principio de oportunidad tuvieran lugar...

*De esta forma, el criterio sostenido por la Corte a partir de la sentencia de casación de 27 de febrero de 2013, dentro del radicado 33254, resulta plenamente aplicable en el presente asunto, tal y como fue reconocido por las sentencias de 30 de abril y 20 de agosto de 2014, dentro de los radicados 41157 y 43629 respectivamente, **por tratarse del delito de homicidio doloso en contra de una adolescente.***

Pero, previamente la Corte había dicho que no en todos los casos de terminación anticipada del proceso es procedente aplicar el cambio jurisprudencial aquí invocado. Al respecto, expuso en sentencia CSJ SP5197 – 2014 (Rad. 41157) que:

*... el criterio que ha venido desarrollando la Corte desde la casación 33254 de 27 de febrero de 2013, resulta también aplicable en asuntos en los que se trate de delitos de secuestro y homicidio doloso contra niños, niñas y adolescentes y el acusado preacuerda con la Fiscalía General de la Nación o se allana a los cargos y sin que reciba ninguna compensación por acudir a alguna de estas formas de terminación anticipada del proceso; **no así en los casos de lesiones personales dolosas, y todos aquellos delitos que conforman el capítulo de las conductas contra la libertad, integridad y formación sexuales, toda vez que en los mismos la pena no se incrementa con motivo del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, sino por razones de política criminal que buscan una mejor protección de dicho bien jurídico cuando su titular es menor de edad.** (Negritillas fuera del texto original).*

De lo anterior, se extrae que los precedentes jurisprudenciales decantados a partir de las decisiones CSJ SP, 33254 del 27 de febrero de 2013 – para los delitos de que

trata el artículo 26 de la Ley 1121 – y CSJ SP2196 – 2015, Rad. 37671 – para conductas de secuestro y homicidio cuyas víctimas sean menores de edad – son aplicables cuando:

i. El condenado haya accedido a uno de los mecanismos de terminación anticipada del proceso.

ii. No obtenga rebaja punitiva alguna a pesar de allanarse a cargos o preacordar.

iii. La pena se dosifique con aplicación del incremento genérico contenido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Cabe añadir, que el precedente contenido en la decisión CSJ SP2196 – 2015, Rad. 37671 no es aplicable cuando la sanción penal para el delito por el cual se reclama revisar la sentencia fue modificada por el legislador, con posterioridad a la aludida Ley 890, «*por razones de política criminal*» (así lo dijo también la Corte en CSJ SP17082 – 2015).

4. La expedición de la Ley 1236 de 2008 varió las sanciones contenidas en algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual. Particularmente, modificó el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años por el que fue condenado GONZALO CASTILLO MONTAÑO y fijó sus extremos punitivos «*de doce (12) a veinte (20) años*».

Cuando la fiscalía le formuló imputación⁷ y presentó escrito de acusación con allanamiento a cargos⁸, lo hizo con sustento en esa norma, pero no le aplicó el incremento genérico de penas de la Ley 890 de 2004 en tales actos. Del mismo modo, el juez de primer nivel tampoco consideró el aludido aumento al emitir el fallo, como se pasa a explicar:

En vigencia de la Ley 1236 fue que el juzgado de primer nivel dosificó la pena. Partió de delimitar los extremos punitivos del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, contenido en el artículo 208 del Código Penal, en 12 a 20 años e incrementó tales topes en atención a la circunstancia agravante del artículo 211-2 del Código Penal⁹, para dejarlos en 16 el mínimo y 30 años el máximo.

Luego de realizar la división de los extremos en cuartos y aplicar los criterios del artículo 61 del Código Penal determinó el marco de movilidad en el cuarto mínimo. Allí, no le impuso la sanción mínima por razón de la gravedad de la conducta, sino que la estableció en 18 años, monto al que le incrementó 2 más por razón del concurso homogéneo de delitos. Por ende, quedó la sanción definitiva en 20 años.

⁷ Folio 12 del cuaderno original y record 27'17" a 28'03" del disco compacto que contiene la audiencia de imputación.

⁸ Folio 25 ídem.

9 ARTICULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION PUNITIVA. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

No obstante la anterior reseña, equivocadamente el Tribunal ad quem al verificar la sanción señalada por el Juzgado, afirmó que:

[El juez de primera instancia] *definió los límites punitivos determinados para el comportamiento materia de juzgamiento, con los incrementos del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, **entre 16 y 30 años de prisión**. De donde determinó como cuarto mínimo dentro del cual se movería para la fijación de la pena, el de 16 a 19,5.*¹⁰

No existe elemento alguno que permita reafirmar la visión del Tribunal. Es decir, no hay sustento para validar que, en efecto, la fiscalía al imputar y acusar, o el juez de primera instancia al dosificar la sanción, aplicaran el incremento genérico contenido en la Ley 890 de 2004 y no, el regulado en la Ley 1236 de 2008.

Por lo tanto, la afirmación del Tribunal se advierte como un lapsus que no conlleva admitir que al condenado se le aplicó el incremento genérico de la Ley 890 de 2004. Lo contrario implicaría considerar que el ad quem, sin sustento alguno, varió la calificación de la conducta, eliminando de tajo la circunstancia de agravación que la fiscalía le endilgó a CASTILLO MONTAÑO, con sustento en la cual los extremos punitivos quedaron fijados en **16 a 30 años** de prisión, con base en la Ley 1236 de 2008, que de manera expresa, clara y contundentemente aplicó el juez.

¹⁰ Folio 20 del cuaderno de la Corte.

Corroborada la Corte que al condenado no se le aplicó la Ley 890 de 2004, porque los extremos punitivos del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, con el incremento de que trata esa norma (la Ley 890 de 2004), se establecían entre **64 y 144** meses de prisión, topes que **no empleó** el fallador de primer grado en el ejercicio dosimétrico de la sentencia condenatoria, donde se consignó que:

*... el injusto penal realizado por el señor CASTILLO MONTAÑO, de acceder carnalmente a una niña menor de catorce años **tiene como sanción en su extremo mínimo y máximo legal de 12 a 20 años de prisión**, que se incrementan en una tercera [parte] para el menor y en la mitad la mayor, de la manera que el ámbito punitivo en definitiva se ubica **entre 16 y 30 años**.¹¹*

Así las cosas, razón le asiste a la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal cuando advierte que la demanda no cumple los presupuestos para aplicar al caso del condenado el cambio jurisprudencial contenido en la decisión CSJ SP, 4 de marzo de 2015, Rad. 37.761.

De otra parte, la Sala se abstendrá de emitir pronunciamiento alguno sobre los memoriales del 20 de mayo y 8 de julio de 2016, en los que GONZALO CASTILLO MONTAÑO señala que la víctima de los hechos mintió y que él no es responsable de la conducta por la cual fue condenado. Al respecto, cabe recordar que la acción de revisión no es una instancia adicional encaminada a reabrir el debate relacionado con las pruebas que edificaron la

¹¹ Folio 12 ídem.

condena. Además, tales alegaciones en nada se relacionan con la causal 7ª invocada en la demanda.

Igual pronunciamiento merece la alegación que hizo el defensor en la audiencia correspondiente, relacionada con presunta vulneración del derecho de defensa de CASTILLO MONTAÑO en el proceso que cursó en su contra. En ese sentido, ha expuesto pacíficamente la Sala de Casación Penal que la acción de revisión *«no es un mecanismo para subsanar yerros del proceso porque esa es la finalidad de los recursos de instancia»*. Este mecanismo *«en cambio, pretende la reparación de injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente a la del proceso y únicamente dentro del marco de invocación precisado por las causales establecidas en la ley»* (CSJ AP6663 – 2016 y CSJ AP, 16 de octubre de 2013, Rad. 41.229, entre muchas otras).

Finalmente y como se expuso en precedencia, GONZALO CASTILLO MONTAÑO fue condenado con sustento en la Ley 1236 de 2008 y no se le aplicó al dosificar la pena el incremento punitivo genérico reglado en la Ley 890 de 2004. Esa situación, impone que se declare infundada la causal de revisión invocada por su defensor.

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

1. DECLARAR INFUNDADA la demanda de revisión presentada a nombre del condenado GONZALO CASTILLO MONTAÑO.

2. Devolver el expediente allegado en calidad de préstamo, al Juzgado de origen.

3. Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Acción de Revisión
Radicación 47.612
Gonzalo Castillo Montaña