

Proceso n.º 32718

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta No. 128

Bogotá, D. C., veintiocho de abril de dos mil diez.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación que presenta el defensor del procesado OSCAR CUBILLOS RESTREPO contra la sentencia de segunda instancia proferida el 24 de abril de 2008 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante la cual lo condenó por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, agravado.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- La cuestión fáctica, ocurrida en Caicedonia, Valle, fue declarada por el juzgador de la manera siguiente:

“El denunciante Orley Toro Mejía dice que el 12 de abril de 2005 fue convocado al colegio donde estudian sus hijas, y en reunión con el Coordinador y tres docentes más, su hija L. F. fue requerida para que contara lo sucedido, procediendo la menor a relatar que el vigilante del Colegio Bolivariano a quien le pidió unas bombas para la niña, la hizo entrar al teatro del Colegio y allí con el empleo de la fuerza la manoseó y la besó en la boca”.

1.2.- Después de llevar a cabo algunas diligencias preliminares dispuestas en resolución del 13 de abril de 2005¹, el 13 de junio siguiente la Fiscalía Doce Seccional con sede en Caicedonia- Valle, declaró abierta la investigación² y vinculó mediante indagatoria a OSCAR CUBILLOS RESTREPO³, a quien le definió la situación jurídica con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva⁴.

1.3.- Posteriormente, previa clausura del ciclo instructivo⁵, el 2 de septiembre de 2005⁶ se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra del procesado OSCAR CUBILLOS RESTREPO, como presunto autor responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, agravado, definido por los artículos 209 y 211.4 de la Ley 599 de 2000.

Contra la resolución de acusación, la defensa interpuso recurso de apelación⁷ la cual, el 10 de octubre de 2005, recibió íntegra confirmación por parte de la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Buga⁸.

1.4.- El conocimiento del juicio fue asumido por el Juzgado Penal del Circuito de Sevilla, Valle⁹, en donde, después de adelantar la vista pública¹⁰, el 13 de septiembre de 2006¹¹, se puso fin a la instancia condenando al procesado a la pena principal de cuarenta y ocho (48) meses de prisión, asimismo se dispuso la accesoria de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, a consecuencia de hallarlo autor penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años, al tiempo que le concedió la prisión domiciliaria, entre otras decisiones¹².

1.5.- Recurrida esta determinación por la defensa¹³, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por medio del fallo proferido el 24 de abril de 2008 le impartió confirmación integral, al conocer en segunda instancia de la apelación interpuesta¹⁴.

1.6.- Contra la sentencia de segunda instancia, el defensor del procesado OSCAR CUBILLOS RESTREPO¹⁵, interpuso recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido por el ad quem¹⁶ y sustentado oportunamente con la presentación de la correspondiente demanda¹⁷, de cuya admisibilidad se ocupa la Corte.

2.- LA DEMANDA

Después de identificar a los sujetos procesales y la providencia materia de impugnación, así como de resumir los hechos y la actuación llevada a cabo en las instancias, un cargo formula contra el fallo del Tribunal, manifestando que invoca “como causal de casación la señalada en los artículos 7º, inciso 2º que trata del error de derecho en la apreciación de la prueba y 277 del C. de P. Penal (anterior normatividad Ley 600), bajo cuya mandar ocurrieron los hechos y que para el presente caso se dirige a la que se ha tenido en cuenta para sustentar las condenas, siendo ellas el testimonio de la menor L. F. T. P. y el de su hermano menor, quien al parecer, así lo rezan los autos la acompañó en la fecha y sitio de los acontecimientos” (sic).

Con la pretensión de darle desarrollo a la censura, sostiene que los dos menores, a los cuales ha hecho alusión, al rendir testimonio incurrieron en varias contradicciones que les restan valor probatorio y, pese a ello, y a que las condiciones sociales y familiares en que han crecido no han sido las mejores, se les dio la categoría de plena prueba.

Contrario sensu, anota, en defensa del procesado se allegó el testimonio del señor Norberto Toro Rivera, compañero de trabajo, en cuanto también es empleado del mismo colegio donde sucedieron los hechos, quien pudo observar la actividad llevada a cabo tanto por el acusado como por los dos menores.

Argumenta que tampoco se tuvieron en cuenta los testimonios de aquellas personas que

refirieron conocer al procesado como un ciudadano de bien, ni el dictamen de la psicóloga en el que se concluye que la menor presuntamente atacada presenta una personalidad mitómana, lo cual es respaldado por el propio padrastro y los docentes del colegio en donde estudia.

Agrega que la mayoría de los testigos traídos al proceso, son de referencia porque no observaron absolutamente nada, razón por la cual considera que “se ha incurrido en el error al valorar o apreciar estas probanzas sin tener en cuenta las diferentes pruebas en conjunto para tornar una decisión justa y ecuánime” (sic).

Manifiesta que si bien el hecho investigado tuvo realización, sucedió en la forma narrada por el procesado, es decir, actuó abiertamente y sin ninguna intención de causarle daño a las menores, pues besó a dos de ellas por motivos nobles y sentimentales, como al parecer lo hace con sus menores hijos, y en un lugar que no permite obrar a escondidas.

Como quiera que, en su criterio, el juzgador de segunda instancia pudo haber incurrido en un error de valoración probatoria, solicita casar la sentencia recurrida, para que por lo menos se dé aplicación al principio del in dubio pro reo, y absolver al procesado de los cargos que le fueron formulados.

SE CONSIDERA:

1.- De manera reiterada, por tanto suficientemente difundida¹⁸, la Corte ha señalado que la casación no es una instancia más, en la que puedan ser presentados de manera libre e informal argumentos de disenso contra los fallos de segunda instancia, ni constituye una prolongación del juicio en que resulte posible la continuación del debate fáctico y jurídico propio del trámite regular del proceso.

Insistentemente la jurisprudencia ha precisado que su postulación debe obedecer a la

denuncia y demostración de haber sido transgredida la ley con el fallo, y que el escrito a través del cual se ejerce, a fin de que pueda superar el juicio de admisibilidad al trámite extraordinario que le compete realizar a la Corte, necesariamente debe cumplir, no solamente los rigurosos requisitos de forma y contenido establecidos por el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal de 2000 (idoneidad formal), sino que la demanda debe ser objetivamente fundada, es decir, estar llamada a lograr la infirmación total o parcial de la sentencia, o a propiciar un pronunciamiento unificador del Máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria alrededor de un determinado tema jurídico (idoneidad sustancial).

Por esta razón, entre los presupuestos de admisibilidad, la legislación procesal tiene previsto para el demandante la obligación de presentar precisa y claramente los fundamentos fácticos y jurídicos del motivo de casación que se aduce, para lo cual debe tomarse en cuenta que el principal deber del censor consiste en la correcta selección de la causal que persiga aducir ya que cada una de ellas tiene naturaleza autónoma, por lo mismo se halla sometida a parámetros demostrativos propios y distintos de las demás, y que su configuración trae aparejada consecuencias de diversa índole para el proceso.

En relación con la causal primera, la Sala tiene establecido que cuando se denuncia violación directa por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea de normas de derecho sustancial, es deber del demandante aceptar los hechos y las pruebas de ellos tal como fueron declarados unos y apreciadas las otras por el juzgador de segunda instancia, y exponer su discrepancia en el ámbito del raciocinio estrictamente jurídico, es decir, sólo con las consecuencias jurídicas atribuidas a los hechos declarados, sin que resulte viable alegar o sugerir al tiempo la presencia de errores de apreciación probatoria, dado que para ello la ley ha previsto la vía indirecta.

Si se acude a la violación indirecta de disposiciones de derecho sustancial, a consecuencia

de incurrir el juzgador en errores de apreciación probatoria, el casacionista debe precisar si éstos son de hecho o de derecho.

Los primeros se presentan cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio; porque omite apreciar una prueba que obra en el proceso; porque la supone existente sin estarlo (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla legal y oportunamente recaudada, al fijar su contenido la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica, haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de ella (falso juicio de identidad); o, porque sin cometer ninguno de los anteriores desaciertos, pese a existir la prueba y ser apreciada en su exacta dimensión fáctica, al asignarle su mérito persuasivo transgrede los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia, es decir, los principios de la sana crítica como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

En esta dirección, se reitera que cuando la censura se orienta por el falso juicio de existencia por suposición de prueba, compete al casacionista demostrar el yerro mediante la indicación correspondiente del fallo donde se aluda a dicho medio que materialmente no obra en el proceso; y si lo es por omisión de ponderar prueba que material y válidamente obra en la actuación, es su deber concretar en qué parte del expediente se ubica ésta, qué objetivamente se establece de ella, cuál el mérito que le corresponde siguiendo los postulados de la sana crítica, y cómo su estimación conjunta con el arsenal probatorio que integra la actuación, da lugar a variar las conclusiones del fallo, y, por tanto a modificar la parte resolutive de la sentencia objeto de impugnación extraordinaria.

Si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el casacionista debe indicar

expresamente, qué en concreto dice el medio probatorio, qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se le tergiversó, cercenó o adicionó haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y lo más importante, la repercusión definitiva del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive del fallo.

Y si lo que se denuncia es la configuración de un falso raciocinio por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe indicar qué dice de manera objetiva el medio, qué infirió de él el juzgador, cuál mérito persuasivo le fue otorgado, señalar cuál postulado de la lógica, ley de la ciencia o máxima de experiencia fue desconocida, y cuál el aporte científico correcto, la regla de la lógica apropiada, la máxima de la experiencia que debió tomarse en consideración y cómo; finalmente, demostrar la trascendencia del error indicando cuál debe ser la apreciación correcta de la prueba o pruebas que cuestiona, y que habría dado lugar a proferir un fallo sustancialmente distinto y opuesto al ameritado.

Los errores de derecho, entrañan, por su parte, la apreciación material de la prueba por el juzgador, quien la acepta no obstante haber sido aportada al proceso con violación de las formalidades legales para su aducción, o la rechaza porque a pesar de estar reunidas considera que no las cumple (falso juicio de legalidad); también, aunque de restringida aplicación por haber desaparecido del sistema procesal la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juzgador desconoce el valor prefijado a la prueba en la ley, o la eficacia que ésta le asigna (falso juicio de convicción), correspondiendo al actor, en todo caso, señalar las normas procesales que reglan los medios de prueba sobre los que predica el yerro, y acreditar cómo se produjo su transgresión.

Cada una de estas especies de error, obedece a momentos lógicamente distintos en la apreciación probatoria y corresponde a una secuencia de carácter progresivo, así encuentre concreción en un acto históricamente unitario: el fallo judicial de segunda

instancia. Por esto no resulta acorde con la lógica inherente al recurso que frente a la misma prueba y dentro del mismo cargo, o en otro postulado en el mismo plano, sin indicar la prelación con que la Corte ha de abordar su análisis, se mezclen argumentos referidos a desaciertos probatorios de naturaleza distinta.

Debido a ello, en aras de la claridad y precisión que debe regir la fundamentación del instrumento extraordinario de la casación, compete al actor identificar nítidamente la vía de impugnación a que se acoge, señalar el sentido de transgresión de la ley, y, según el caso, concretar el tipo de desacierto en que se funda, individualizar el medio o medios de prueba sobre los que predica el yerro, e indicar de manera objetiva su contenido, el mérito atribuido por el juzgador, la incidencia de éste en las conclusiones del fallo, y en relación de determinación la norma de derecho sustancial que mediatamente resultó excluida o indebidamente aplicada y acreditar cómo, de no haber ocurrido el yerro, el sentido del fallo habría sido sustancialmente distinto y opuesto al impugnado, integrando de esta manera la proposición del cargo y su formulación completa.

Además, pertinente resulta insistir en ello, de acogerse a la vía indirecta, la misma naturaleza rogada que la casación ostenta impone al demandante el deber de abordar la demostración de cómo habría de corregirse el yerro probatorio que denuncia, modificando tanto el supuesto fáctico como la parte dispositiva de la sentencia. Esta tarea comprende la obligación de realizar un nuevo análisis del acervo probatorio en que se corrija el error, sea valorando las pruebas omitidas, cercenadas o tergiversadas, o apreciando acorde con las reglas de la sana crítica aquellas en cuya ponderación fueron transgredidos los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o los dictados de experiencia; y, de ser ese el caso, excluyendo las supuestas o ilegalmente allegadas o valoradas.

Todo ello no debe ser realizado de manera insular, sino en confrontación con lo acreditado por las pruebas acertadamente apreciadas, tal como lo ordenan las normas

procesales establecidas para cada medio probatorio en particular y las que refieren el modo integral de valoración, y en orden a hacer evidente la falta de aplicación o la aplicación indebida de un concreto precepto de derecho sustancial, pues es la demostración de la transgresión de la norma de derecho sustancial por el fallo, la finalidad de la causal primera en el ejercicio de la casación¹⁹.

2.- En el presente caso, observa la Corte que en la demanda de casación presentada a nombre del procesado OSCAR CUBILLOS RESTREPO, de los presupuestos de admisibilidad establecidos por el artículo 212 del Código de Procedimiento Penal de 2000, se cumple sólo en lo relativo al deber de identificar a los sujetos procesales y la sentencia demandada, así como al de sintetizar los hechos materia de juzgamiento y la actuación llevada a cabo en las instancias ordinarias del trámite, pero no con la carga de enunciar la causal de casación cuya configuración se persigue denunciar, ni la de indicar clara y precisamente los fundamentos fácticos y jurídicos que le servirían de apoyo.

Y, aunque no lo dice expresamente, por la manifestación que hace al comienzo de la argumentación que propone con la intención de darle desarrollo al único cargo que dice postular, podría colegirse que lo pretendido es acudir a la causal primera, cuerpo segundo, como motivo de casación, para denunciar la configuración de errores de apreciación probatoria que habrían dado lugar a la violación indirecta de la ley sustancial por falta de aplicación del precepto que establece el principio del *in dubio pro reo*, es lo cierto que el demandante deja de integrar lo que se conoce como la proposición jurídica del cargo y la formulación completa de este, en tanto a pesar de señalar el desconocimiento de la norma que fija los criterios para apreciación de la prueba testimonial -que en el ámbito en que opera el error de apreciación probatoria, sería disposición medio, cuya transgresión pudo haber dado lugar a la infracción indirecta de normas de índole sustancial-, omite indicar las disposiciones de derecho sustancial que definen el tipo penal por el que se formuló la acusación y se profirió el fallo, y que en el contexto de la demanda pudieron haber sido aplicadas indebidamente.

Y si bien expresamente señala que los juzgadores incurrieron en el error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, el libelista no es claro en señalar si un tal desacierto ocurrió porque el juzgador aceptó las pruebas y les confirió mérito persuasivo pese a haber sido recaudadas con violación de las formalidades legales para su aducción o práctica, o las rechazó porque a pesar de estar reunidas consideró erradamente que no las cumplía, o si lo configurado fue un falso juicio de legalidad, nada de lo cual explica.

Por el ulterior desarrollo que pretende imprimirle a la censura, pareciera que lo pretendido es la denuncia de haberse incurrido en error de hecho por falso raciocinio, por haberle conferido a la prueba de cargo un mérito contrario a las reglas de la sana crítica, pero en todo caso deja de expresar qué dice objetivamente cada uno de los medios en que se fundó el fallo, cómo los ponderó el juzgador, y en qué específicamente radicó el desconocimiento de los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de experiencia. Tampoco indica, cuál habría de ser el correcto entendimiento de cada uno de los medios cuya apreciación dice cuestionar, y de qué manera, la corrección del yerro en sede extraordinaria y la apreciación acertada de la prueba, tanto individualmente como en conjunto con las demás sobre las que no recae ningún tipo de desacierto, daría lugar a proferir un fallo en sentido sustancialmente distinto y opuesto al contenido en la parte resolutive del que es objeto de censura, con lo cual la hipotética transgresión de las reglas de la sana crítica también queda demostrada.

Por el contrario, hace depender la prosperidad de la censura, de presentar un crítica general a la prueba de cargo, y de acoger sin reservas aquella que supuestamente favorecería los intereses del procesado, pero sin aludir para nada a las consideraciones que sobre cada uno de los medios fueron expuestas en los fallos de instancia, lo cual resulta inadmisibles en sede extraordinaria pues con ello no logra demostrarse ningún tipo de error probatorio por parte de los juzgadores.

Lo ofrecido en el libelo, no es, entonces, la intencionalidad concreta de

demostrar que el fallo transgredió normas de derecho sustancial, juicio para el cual ha sido instituida la casación, sino oponerse a su cumplimiento mediante una exposición particular sobre cómo ha debido decidirse la causa conforme al alcance persuasivo que, en su criterio, poseen algunos medios prueba allegados al proceso.

Se observa así, que en lugar de ajustarse a los presupuestos de admisibilidad legalmente establecidos, el libelista acude a este instrumento extraordinario como forma de prolongar el debate para lograr una revaloración probatoria por fuera de la llevada a cabo por el sentenciador, pero sin demostrar que éste hubiere incurrido en algún tipo de error de hecho o de derecho en la apreciación probatoria, desconociendo por ende que el proceso concluyó con el proferimiento del fallo de segundo grado, hallándose a esta alturas amparado por la doble presunción de acierto y legalidad, la cual era de su cargo desvirtuar y lejos estuvo de poder lograr.

Siendo entonces ostensibles los defectos técnicos y de fundamentación que la demanda acusa, pues, como se deja visto, de ella no se desentraña precisa y claramente la causal que aduce ni los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya, no pudiendo la Corte corregirla por virtud del principio de limitación que rige su actuación, lo procedente será inadmitirla conforme así se establece de los artículos 197 del decreto 2700 de 1991 y 213 de la ley 600 de 2000.

Casación oficiosa.

1.- Tal como ha sido repetidamente dicho por la Sala²⁰, en esta ocasión cabe reiterar que la Corte, en decisión de 12 de septiembre de 2007²¹, varió el criterio que ordenaba el previo traslado al Ministerio Público a fin de que emitiera concepto acerca de la eventual violación de garantías, cuando, pese a no admitir la demanda de casación, se advertía la infracción de alguna garantía procesal de los sujetos

intervinientes que ameritara el ejercicio de la facultad oficiosa que le confiere el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, tras considerar que ante el principio de pronta y eficaz administración de justicia, le corresponde de manera inmediata proceder a corregir el error, sin que para ello se requiera el concepto previo del Procurador Delegado ante esta sede.

Señaló al efecto que “ante la autorización dada por el legislador a la Corte para aprehender el estudio del proceso aun cuando no admita los cargos formulados en la demanda, una vez advierta el agravio causado con el fallo de segundo grado a alguno de los sujetos procesales, debe proceder inmediatamente a corregirlo, con lo cual se cumple cabalmente con los fines de la casación de velar por la efectividad del derecho material y las garantías debidas a las personas que intervienen en la actuación penal”.

Agregó que “aunque el Ministerio Público por mandato constitucional debe intervenir en los procesos judiciales en defensa del orden jurídico, el patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, con el nuevo criterio de autoridad de la Corte no se relega la actuación del Representante de la Sociedad, por cuanto al ser un tema no propuesto, ni recurrido por tal sujeto procesal en las instancias, se impone la rápida acción de la Corte como garante no sólo de los derechos fundamentales, sino de los fines esenciales del Estado, especialmente, el de asegurar la vigencia de un orden justo, en aras de la materialización de la justicia en la decisión”.

2.- Precisado lo anterior, se observa que al individualizar la pena, el juzgador a quo tomó en consideración una circunstancia específica de agravación punitiva, cuya aplicación, en este caso, actualmente no resulta procedente pese a haber sido imputada correctamente en la resolución de acusación, por transgredir el principio de non bis in idem, lo cual determinó la individualización de una pena privativa de la libertad, mayor a la que hoy en día legalmente corresponde.

3.- Sobre dicho particular, la Corte²² tiene dicho lo siguiente:

“Es cierto que la aplicación del artículo 7º de la Ley 1236 de 2008 constituye una afrenta directa contra el principio constitucional que prohíbe la doble incriminación por un mismo hecho -non bis in idem- pues no cabe duda que la modificación que el legislador introdujo en la circunstancia cuarta de agravación punitiva para los delitos previstos en el título IV de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales resulta inconstitucional frente a los delitos descritos en los artículos 208 y 209 del Estatuto Penal, toda vez que las conductas punibles reguladas en estas disposiciones establecen como elemento normativo del tipo en la condición del sujeto pasivo de la infracción, la minoría de 14 años, supuesto fáctico idénticamente considerado en la nueva circunstancia de agravación punitiva específica.

“En efecto, hasta antes de entrar en vigencia la Ley 1236 de 2008, cuya filosofía está enmarcada por el endurecimiento de las sanciones penales previstas para los punibles de entidad sexual, el agravante establecido en el numeral 4º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 era del siguiente tenor:

‘ARTÍCULO 211. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: (...) 4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años’.

“A su turno, los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años regulados en los artículos 208 y 209 del Código Penal con el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004, vigente para la época de los hechos, establecía:

‘ARTÍCULO 208. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

‘ARTÍCULO 209. 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 cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses’.

(Subrayado por la Sala).

“Como se ve, hasta antes del 23 de julio de 2008 –fecha de entrada en vigencia de la Ley 1236- no existía inconveniente para imputar simultáneamente alguna de las conductas descritas en los artículos 208 y 209, y la circunstancia de agravación específica consagrada en el numeral 4º del artículo 211, pues el legislador quiso sancionar con mayor severidad la comisión de tales comportamientos en personas menores de 12 años.

“Pero, con la modificación del agravante por el legislador, dada por la ampliación del ámbito de protección a todos los menores de 14 años, inadvirtió que antes que hacer más gravosa la conducta para quienes abusaran o accedieran a menores de 14 años, infringía directamente la [Constitución Política](#) al sancionar doblemente una misma situación fáctica.

“Siendo ello así, desde la expedición de la Ley 1236 de 2008, no era posible imputar esta circunstancia de agravación específica para las conductas regladas en los artículos 208 y 209, sin afectar seriamente el postulado constitucional de non bis in idem.

“Justamente, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional cuando el 4 de agosto de 2009, en sentencia C-521/09 ejerció el control abstracto de constitucionalidad sobre el artículo 7º de la ley 1236 de 2008 y lo declaró condicionalmente exequible en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000.

“Por ser pertinente, se transcriben en extenso sus consideraciones:

‘Al prohibir que una misma circunstancia se convierta en elemento constitutivo del tipo

penal y en causa de agravación del mismo, el principio non bis in ídem persigue evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito. Los elementos constitutivos de una infracción penal fundamentan la responsabilidad penal. Las circunstancias de agravación, en cambio, modifican la responsabilidad penal. Por eso mismo las circunstancias de agravación se justifican en la ley penal, cuando el ilícito es cometido en determinadas circunstancias que se estiman más reprochables porque, por ejemplo, suponen un mayor peligro o lesión para el bien jurídico. De manera que no es justificable una agravación punitiva necesariamente imponible al autor del delito, pues eso supone que en realidad no se aumenta la pena de aquel que cometa el comportamiento punible en ciertas circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren una mayor lesividad del bien, sino que en todos los casos se impondría la modificación de la sanción penal imponible.

(...)

‘5.3. Ahora bien, el caso decidido en la sentencia precitada se diferencia del actual en un punto cardinal y evidente. Mientras en aquél un agente podía cometer un delito de homicidio o de lesiones imprudentes, y no ver agravada la pena imponible; en éste, en cambio, una persona que cometa los delitos de acceso carnal o acto sexual abusivo en menor de catorce años, no podría evitar la agravación, pues inexorablemente está llamada a aplicarse y, por tanto, a agravar la pena imponible, sin justificación aparente.

‘En este punto es posible concluir que el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, se desconoce al consagrar una causal de agravación basada en una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento del tipo. Con todo, aún en caso de que se infrinja una prohibición de esta naturaleza, debe verificarse el cumplimiento de otros dos requisitos.

‘En primer lugar, que la causal de agravación aparezca injustificada, pues de otro modo el legislador actúa en ejercicio de su potestad de libre configuración normativa. Así lo expresó la Corte en la Sentencia C-038 de 1998 en la cual estudiaba la validez de una causal de agravación punitiva por la posición distinguida que el delincuente ocupara en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio En segundo lugar, es necesario verificar en esta hipótesis, si se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para identificar la violación del principio non bis in ídem en más de un proceso jurisdiccional. Estas reglas fueron expuestas por la Corporación en la Sentencia C-1265 de 2005, en la cual al estudiar si resultaba ajustada a la Carta una norma que facultaba a la Comisión Nacional del Servicio Civil para imponer sanciones disciplinarias a los servidores públicos de entidades territoriales y nacionales, pese a que los referidos servidores públicos ya podían ser investigados y sancionados disciplinariamente por otra autoridad –la Procuraduría General- y por los mismos hechos, señaló el principio non bis in ídem no se violaba, siempre: “(i) que la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) que las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) que los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; (iv) que el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto, sujetos, acciones, fundamento normativo, alcance y finalidad” Al emplear esas reglas para verificar si se viola el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho dentro de un proceso jurisdiccional, se tiene que una circunstancia no puede ser doblemente valorada, primero como elemento constitutivo del tipo penal y luego como causal de agravación punitiva, si: (i) el comportamiento agravado ofende el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) la investigación y la sanción a imponer se fundamentan en idénticos ordenamientos punitivos; y (iii) la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico.

‘Hechas las anteriores precisiones, la Corte procede a verificar si la norma demandada viola el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

‘Inconstitucionalidad del artículo 211, numeral 4°, del Código Penal, por agravar la pena imponible a un hecho punible, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal

(...)

‘Tal como lo señala el demandante, en el caso del artículo 211, numeral 4°, el legislador consagró como causal de agravación punitiva –que la conducta recaiga sobre persona menor de catorce (14) años – una circunstancia que ya había sido tomada en cuenta como elemento constitutivo de los tipos penales contemplados en los artículos 208 y 209 del Código Penal. De conformidad con las reglas señaladas en la sección 5 de esta sentencia, la norma infringiría el principio non bis in ídem, al desconocer la prohibición enunciada en el punto 5.2.4., al establecer simultáneamente como elemento del tipo y como elemento para agravar la pena de los tipos básicos, la misma circunstancia de hecho: que la víctima sea una persona menor de 14 años, sin que exista una justificación para ello.

‘La norma cuestionada sería inconstitucional porque (i) el comportamiento agravado ofende el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) la investigación y la sanción a imponer se fundamentan en idénticos ordenamientos punitivos; y (iii) la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico.

‘En efecto, en primer lugar, tanto el comportamiento agravado como los hechos punibles de acceso carnal abusivo (art. 208, Código Penal) y acto sexual abusivo en menor de catorce años (art. 209, Código Penal), tendrían la virtualidad de ofender un mismo bien jurídico: la libertad e integridad en la formación sexual de personas menores de catorce años. En segundo lugar, tanto las normas penales que consagran los delitos básicos y les

fija una pena, como la causal de agravación tienen su origen en el ordenamiento penal colombiano, luego ambas comparten el mismo fundamento normativo. Y, finalmente, porque la norma que contempla la causal de agravación persigue la misma finalidad que las normas que consagran los tipos penales de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo en menor de catorce años, es decir, reprochar penalmente los contactos o las relaciones sexuales que una persona pudiera tener con personas menores de catorce años.

‘Adicionalmente, tal como se señaló en el capítulo 5 de esta sentencia, las causales de agravación punitiva deben partir de la base de que hay razones para modificar la responsabilidad, o de lo contrario están injustificadas, y en este caso la agravación no se produce en virtud de la realización del comportamiento típico en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar que la hagan más reprochable o muestren su mayor lesividad, sino que simplemente se agrava de manera automática por el hecho de recaer sobre persona menor de 14 años y, por eso mismo, injustificadamente. No ocurre lo mismo al aplicar esta causal frente a los otros tipos penales previstos en los artículos 205, 206, 207, 208, 209 y 210 del Código Penal, donde a la circunstancia de haber realizado el acceso carnal o el acto sexual realizado con violencia, o en persona puesta en incapacidad de resistir, o con persona incapaz de resistir, muestra una mayor lesividad que justifica su agravación cuando la víctima es una persona menor de 14 años.

‘En consecuencia, aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 4°, a quienes cometan los delitos consagrados en los artículos 208 – Acceso carnal abusivo con menor de catorce años- y 209 –Actos sexuales con menor de catorce años- viola el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (art. 29, C.P.), y por ese motivo, en esas circunstancias, es inconstitucional. No obstante, como quiera que la causal de agravación es aplicable también a otros artículos del Código Penal que no fueron demandados en el presente proceso, es necesario determinar si debe

ser declarada inexecutable o si, por el contrario, procede declarar su executibilidad con algún condicionamiento.

‘6.2. A juicio de la Corte, como la norma demandada es inconstitucional si se aplica a los artículos 208 y 209 del Código Penal, pero no lo es si se aplica a los demás artículos del Título IV, en este caso no procede la expulsión del ordenamiento de esta norma hallada inconstitucional. Tampoco es posible hacer una integración normativa de la causal demandada con los artículos que consagran los tipos penales básicos, ya que la disposición cuestionada tiene un contenido deontológico claro, y puede ser entendida y aplicada sin necesidad de acudir a los artículos 205, 206, 207, 210 y 210A de la Ley 599 de 2000, tal como fueron modificados por la Ley 1236 de 2008 y adicionados por la Ley 1257 de 2008.

(...)

‘En suma, los delitos de acceso carnal en menor de catorce años y de acto sexual abusivo en menor de catorce años, en su misma descripción típica indican que la lesividad del comportamiento punible estriba en que se perpetran en personas menores de catorce años. Si esto es así, ninguno de los comportamientos requiere ser agravado cuando recaiga en persona menor de catorce años, pues la agravación ya fue tomada en cuenta en la descripción típica. En consecuencia, desde un punto de vista teleológico, el artículo 211 numeral 4° del Código Penal es constitucional, al interpretarlo en el sentido de que no está llamado a agravar conductas que no requieren agravación puesto que ya de suyo la lesividad del comportamiento fue valorada por el legislador en el tipo penal.

Pero, además, desde una perspectiva sistemática, el artículo 211 numeral 4° tiene un efecto útil, ya que tiene aplicabilidad, siempre que sea posible, en presencia de alguno cualquiera de los demás artículos del Título IV.’ (Subrayado fuera de texto).

“Ahora, como en el caso concreto, el agravante fue válidamente imputado en la

acusación, e incluso correctamente deducido en el fallo de primer grado, pues a esa fecha no estaba vigente la Ley 1236 de 2008 sino la Ley 599 de 2000, ha de tenerse en cuenta que ante la sucesión de leyes en el tiempo, una de ellas con efectos más favorables para el procesado en términos punitivos, se imponía para el Ad quem la aplicación media del artículo 7º de la Ley 1236, a efecto de inaplicarla por violación del principio de prohibición de doble incriminación.

“Sin embargo, el Juez Colegiado con violación del principio non bis in idem prefirió sostener la imputación de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 4º del artículo 211 del Estatuto Penal con la reciente modificación de la Ley 1236, por considerar que el ánimo del legislador estuvo orientado a aumentar la edad de protección y las penas en relación con estos delitos y en ese orden, ante el error de técnica legislativa advertido -concordancia entre uno de los ingredientes del tipo y la circunstancia-, inexplicablemente se abrogó la función de legislar, entendiendo que este agravante está vigente cuando las conductas previstas en los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000 se realicen sobre persona menor de 13 años²³.

“Ciertamente, como lo puso en evidencia la Magistrada Ponente que salvó el voto a la sentencia de segunda instancia, el razonamiento del Tribunal vulneró el aludido postulado”.

La violación de la prohibición de doble incriminación por una misma conducta, como ya fue anunciado, es el vicio que concurre en el presente evento. Para denotarlo, necesario resulta hacer las siguientes precisiones:

3.1.1.- En torno a la calificación jurídica de la conducta, en la resolución de acusación se indicó por el funcionario de instrucción:

“El hecho materia de la presente investigación se adecua a lo tipificado con el Código Penal, Libro Segundo, Título IV: ‘Delitos contra la libertad, integridad y

formación sexuales', más concretamente en lo señalado en el Capítulo Segundo etiquetado: ' De los actos sexuales abusivos', contemplado en el artículo 209 de la misma obra represiva, bajo el nombre específico: 'Actos sexuales con menor de catorce años'.- 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 tres (3) a cinco (5) años', en convergencia con la circunstancia de agravación punitiva señalada en el numeral 4 del artículo 211 ibidem, según el cual la pena prevista para el tipo básico , se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando: 4 'se realizare sobre persona menor de doce (12) años' "24.

Al revisar la providencia calificatoria, se establece que el fiscal instructor imputó expresamente la aludida circunstancia específica de agravación punitiva, en una época en que ello era perfectamente posible toda vez que aún no había sido expedida la Ley 1236 de 2008 que estableció un aumento de pena cuando la conducta se realiza sobre persona menor de catorce años.

3.1.2.- En la sentencia de primera instancia, también proferida antes de entrar en vigor la mencionada Ley 1236 de 2009, en el acápite que allí se destinó a "la sanción penal", consideró el juzgador:

"Se procederá entonces, a hacer la tasación de la pena que legalmente debe ser aplicada al culpado en mención, y para ello se considerarán únicamente circunstancias de menor peligrosidad concurrentes a favor del acusado, como las que contiene el artículo 55 del Código Penal, es decir, su buena conducta anterior; por lo tanto el Juzgado debe partir de la sanción mínima, que para el delito de 'actos sexuales con menor de catorce años' es de tres (3) años de prisión, conforme a los parámetros fijados en el artículo 209 del Código Sustantivo Penal, pena que se aumentará de una tercera parte a la mitad, por la concurrencia de la causal de agravación prevista en el artículo 211 numeral 4º" (se destaca).

3.1.3.- El Tribunal, a su turno, al resolver la impugnación interpuesta por la defensa contra el fallo de primera instancia, decidió confirmarla íntegramente.

3.2.- Lo anterior indica, que si bien los juzgadores de primera y segunda instancia, aplicaron correctamente una circunstancia de agravación punitiva que no solamente había sido imputada de modo expreso en la acusación, sino en una época en que aún no había sido expedida la Ley 1326 de 2008 ni la Sentencia C-521 de 2009, a la hora de ahora ello no resulta procedente, precisamente por haber sobrevenido una realidad jurídica diversa, más favorable a los intereses del acusado, que le impone a la Corte corregir la sentencia que aún no se halla ejecutoriada, pues de mantenerla en los términos en que fue adoptada por el a quo, comportaría una violación al principio de non bis in idem, y daría lugar a imponer una pena superior a la que en derecho hoy en día corresponde.

4.- Consecuencias jurídicas.

Con el fin de salvaguardar la garantía fundamental de la favorabilidad de la ley penal establecida en el artículo 29 de la Carta Política, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo 216 del Estatuto procesal, para corregir oficiosamente la sentencia, en el aspecto que viene de ser reseñado.

4.1.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones introducidas por las Leyes 890 de 2004 y 1236 de 2008, tal como se indicó en el fallo de primera instancia, la pena para el delito de actos sexuales con menor de catorce años, oscila entre tres y cinco años.

4.2.- Se advierte en este caso que en la resolución de acusación no se imputó de modo específico, claro e indubitable ninguna circunstancia genérica de agravación, o de mayor punibilidad según la terminología adoptada por la Ley 599 de 2000, y que el a quo dedujo la de menor punibilidad referida a la buena conducta anterior del procesado,

que le permitió partir del mínimo punitivo establecido para el cuarto inferior dentro del cual individualizó la pena, razón por la cual este mismo parámetro habrá de ser el considerado por la Corte, máxime si respecto del mismo no se formuló reparo alguno por el casacionista, como tampoco se hizo en apelación.

4.3.- Al efecto, el juzgador a quo indicó lo siguiente:

“Lo anterior viene a significar que la pena a imponer deberá estar dentro del primer cuarto y dentro de ese rango la mínima es de CUARENTA Y OCHO (48) MESES DE PRISIÓN, toda vez que a su favor concurre la circunstancia de atenuación de carecer de antecedentes penales, pena esta que en definitiva se le impondrá al procesado OSCAR CUBILLOS RESTREPO”²⁵.

Entonces, siguiendo los lineamientos fijados por el juez de primera instancia, como en este caso no concurren circunstancias de mayor punibilidad, para individualizar la pena resulta procedente ubicarse en el cuarto inferior y a partir de allí, fijar la pena mínima establecida en el tipo realizado, que para el delito en comento es de 36 meses de prisión, como así se dispondrá en la parte resolutive.

5.- Mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

Si bien el quantum de la pena privativa de la libertad que con ocasión de la casación se fija, impondría a la Corte considerar la posibilidad de otorgar al sentenciado el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, es lo cierto que, al habersele concedido por parte del ad quem la libertad provisional atendiendo el cumplimiento de los presupuestos establecidos por el artículo 365.2 del Código de Procedimiento Penal de 2000²⁶, dado el sentido de la decisión que se anuncia, por sustracción de materia carece de objeto realizar dicho estudio en este caso.

Contra estas decisiones no procede recurso alguno.

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,

R E S U E L V E:

- 1.- INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre del procesado OSCAR CUBILLOS RESTREPO, por lo anotado en la motivación de esta providencia.
- 2.- CASAR PARCIALMENTE, de oficio, el fallo impugnado para fijar en tres (3) años, la pena principal de prisión que debe purgar el procesado OSCAR CUBILLOS RESTREPO, como autor penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años a él imputado en la resolución acusatoria.
- 3.- En lo demás, el fallo de segunda instancia se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA
ZAPATA ORTIZ

JAVIER DE JESÚS

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Fls. 5 cno. 1

2 Fl. 56 cno. 1

3 Fl. 72 y ss. cno. 1

4 Fls. 98 y ss. cno. 1

5 Fl. 224 cno. 1

6 Fls. 235 y ss. cno. 1

7 Fls. 277 ss. cno. 1

8 Fls. 292 y ss. cno. 1

9 Fl. 310 cno. 2

10 Fls. 371 y ss. cno. 2

11 Fls. 456 y ss. cno. 2

12 Fls. 456 y ss. cno. 2

13 Fls. 482 y ss. cno. 2

14 Fls. 505 y ss. cno. 2.

15 Fl. 531 cno. 2.

16 Fls. 533 cno. 2.

17 Fls. 585 y ss. cno. 2.

18 Cfr. por todas auto de casación de 19 de agosto de 2008. Rad. 28291

19 Cfr. Cas. agosto 6 de 2002. Rad. 19330

20 Cfr. por todas, cas. de noviembre 11 de 2009, Rad. 29137.

21 Sala de Casación Penal. Sentencia de 12 de septiembre de 2007. Radicación Nº 26967.

22 Casación de 3 de diciembre de 2009. Rad. 32972

23 Ver folios 29-30 del cuaderno 2 del expediente.

24 Fls. 236 cno. 1

25 Fls. 474 cno.2

26 Fls. 562 y ss. cno. 2