

Proceso n.º 32387

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta N° 8.

Bogotá, D. C., enero diecinueve (19) de dos mil once (2011).

VISTOS:

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación excepcional presentada por el defensor del procesado Orlando Rodríguez Martínez, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual revocó parcialmente la dictada por el Juzgado 38 Penal del Circuito de esta ciudad que lo condenó como autor responsable de las conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años agravado e incesto, y le negó la prisión domiciliaria.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. Los primeros fueron tratados en los fallos de instancia de la siguiente manera:

El 9 de agosto de 2002 ...1 denunció que sus hijas ..., de 15 y 11 años de edad, respectivamente, en repetidas ocasiones fueron sometidas a prácticas sexuales diferentes al acceso carnal por parte de su ex esposo Orlando Rodríguez Martínez y padre de las

niñas, cuando éstas lo visitaban en la residencia de la abuela o cuando el mismo las visitaba en su casa de habitación ubicada en la calle 58 Sur N° 102 C 47 de Bogotá.

2. Por los anteriores episodios, la Fiscalía 289 Seccional de Bogotá mediante providencia de octubre 4 de 2006 profirió resolución de acusación contra el sindicado

Orlando Rodríguez Martínez como presunto autor de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años agravado por la circunstancia prevista en el numeral 4° del artículo 211 de la ley 599 de 2000, esto es, porque una de las víctimas era menor de doce (12) años e incesto, decisión que alcanzó ejecutoria el 25 de esos mismos meses y año.

3. Correspondió al Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá adelantar el juicio y llevadas a cabo las audiencias preparatoria y de juzgamiento, el 3 de abril de 2008 condenó al acusado como autor responsable de las conductas punibles materia de acusación a las penas de cincuenta y ocho (58) meses de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la sanción privativa de la libertad, al pago de indemnización de perjuicios, le negó la condena de ejecución condicional y le otorgó la prisión domiciliaria al considerar que el procesado reunía los requisitos previstos en el artículo 38 del cp.

4. Ese fallo fue apelado por el representante del Ministerio Público en lo tocante con el otorgamiento de la prisión domiciliaria y el 3 de febrero de 2009 el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó parcialmente, y, en su lugar, negó la sustitución de la prisión intramural otorgada por el a quo y dispuso que el enjuiciado deberá cumplir la sanción impuesta en el centro carcelario señalado por el INPEC, decisión contra la cual el defensor del acusado interpuso el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA:

El impugnante acudió a la casación discrecional en consideración a la pena fijada por la ley para las conductas punibles por las cuales fue condenado su defendido, expresando que ante la afectación grave de los derechos fundamentales de éste como lo son el debido proceso, la libertad y la misma legalidad se hace aconsejable que la Corte examine el asunto ante la modificación que hiciera el Tribunal de la acertada valoración de la juez de primera instancia al otorgar la prisión domiciliaria que en segundo grado fue revocada.

Con el anterior preámbulo, el libelista formuló un cargo único contra la sentencia proferida por el ad quem con fundamento en la causal primera del artículo 207 de la ley 600 de 2000, decisión que calificó de incurrir en violación de la ley sustancial por error de hecho.

Previo a advertir que el Tribunal acertó al valorar el conjunto probatorio y la norma aplicable, esto es, el artículo 38 de la ley 599 de 2000, el yerro se evidencia al momento de “hacer la valoración respectiva y negar el sustituto aludido”, reformando parcialmente la decisión de primer grado, la cual había concedido ese derecho, con base en razonamientos que no solo conducen a cercenar las garantías del procesado, sino también las de su núcleo familiar al someter a prisión intramural a persona que suministra el sustento material para el hogar y que ha tenido un cambio profundo de su comportamiento, desde que se inició el proceso en su contra con la denuncia formulada por su ex esposa.

Luego de tratar las razones que tuvo en cuenta el juez de primera instancia al otorgar la prisión domiciliaria, el libelista afirmó que la Corporación de segunda instancia no tuvo en cuenta los fines de la pena al revocar ese derecho, cuando contrario a lo así decidido en el caso de su prohijado se cumplen los requisitos previstos en el artículo 38 del cp porque la sanción privativa de la libertad no supera los 5 años, el inculpado no registra antecedentes penales, toda su vida se ha dedicado al trabajo para el sostenimiento de su familia, socialmente no le cabe reproche alguno y el aspecto

familiar, que es donde se centraría si es un peligro para su núcleo, hoy vive en otro domicilio, prodiga el sustento a los suyos y son éstos los que reclaman que se le otorgue el sustituto pretendido y no se le envíe a un centro de reclusión.

De lo expuesto infirió que la providencia impugnada violó de manera indirecta la ley sustancial “por interpretación errónea”, cuando el Tribunal al resolver la apelación desconoció principios de la lógica y la sana crítica.

Por lo anterior, solicitó casar el fallo y en su lugar reestablecer a favor del procesado la prisión domiciliaria que le fue otorgada por el juez de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. De conformidad con lo previsto en el inciso 1° del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, aplicable al presente asunto, el recurso extraordinario de casación procede contra las sentencias de segundo grado proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y por el Tribunal Superior Militar, en los procesos que se hubieren adelantado “por delitos que tengan señalada pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho años”.

2. Tratándose de fallos de segunda instancia no proferidos por los mencionados tribunales, o cuando la conducta punible por la cual se procede tiene pena privativa de la libertad inferior al quantum punitivo señalado en precedencia o sanción no restrictiva de la libertad, el inciso 3° del artículo 205 del mencionado estatuto procesal faculta a la Corte para admitir discrecionalmente la demanda de casación,

cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley.

3. Cuando se acude a la casación excepcional, el demandante debe cumplir dos

exigencias: (i) demostrar que la intervención de la Corte es necesaria para la protección de las garantías fundamentales o el desarrollo de la jurisprudencia, y (ii) presentar una demanda que cumpla las condiciones mínimas de forma y contenido requeridas por la ley y la lógica casacional para su estudio.

4. En el primer evento, la jurisprudencia de la Sala ha venido sosteniendo que se hace necesario que el recurrente exponga así sea de manera sucinta pero clara qué es lo que pretende con la impugnación excepcional, debiendo señalar el derecho fundamental cuya garantía persigue o el tema jurídico sobre el cual considera se hace indispensable un pronunciamiento de autoridad por parte de esta Corporación.

En relación con la casación discrecional compete al libelista expresar con claridad y precisión los motivos por los cuales debe intervenir la Corte, ya para proveer un pronunciamiento con criterio de autoridad respecto de un tema jurídico especial, bien para unificar posturas conceptuales o actualizar la doctrina, ora para abordar un tópico aún no desarrollado, con el deber de indicar de qué manera la decisión solicitada tiene la utilidad simultánea de brindar solución al asunto y a la par servir de guía a la actividad judicial.

Y si lo pretendido por quien demanda es asegurar la garantía de derechos fundamentales, tiene la obligación de demostrar la violación e indicar las normas constitucionales que protegen el derecho invocado, así como su desconocimiento en el fallo recurrido, circunstancias, que como ya lo ha reiterado la Sala, deben evidenciarse con la sola referencia descriptiva hecha en la sustentación.

5. Además, las razones que aduce el demandante para persuadir a la Corte sobre la necesidad de admitir la demanda, deben guardar correspondencia con los cargos que formule contra la sentencia. Lo anterior porque no podría entenderse cumplido el requisito de sustentación, de manera que si se reclama el pronunciamiento de la Sala

sobre la protección de los derechos fundamentales o un específico tema, es apenas elemental que la censura le permita a esta Corporación examinar en concreto uno o los dos puntos que la habilitan. En otras palabras, debe haber perfecta conformidad entre el fundamento de la casación excepcional (desarrollo de la jurisprudencia y/o protección de garantías fundamentales), el cargo o los cargos que se formulen contra el fallo y, por consiguiente, el desarrollo de los mismos.

6. Es pertinente recordar que, en lo relacionado con el desarrollo jurisprudencial, la Sala ha sostenido que es deber del casacionista indicar si lo pretendido es fijar el alcance interpretativo de alguna disposición, o la unificación de posiciones disímiles de la Corte, o el pronunciamiento sobre un punto concreto que jurisprudencialmente no ha sido suficientemente desarrollado, o la actualización de la doctrina, al tenor de las nuevas realidades fácticas y jurídicas; y, además, la incidencia favorable de la pretensión doctrinaria frente al caso y la ayuda que prestaría a la actividad judicial, por trazar derroteros de interpretación con criterios de autoridad².

7. La segunda condición presupone cumplir con los requerimientos mínimos de forma y contenido señalados en el artículo 212 de la ley 600 de 2000, a saber: (i) identificación de los sujetos procesales y de la sentencia impugnada, (ii) resumen de los hechos y de la actuación procesal, y (iii) demostración del cargo, exigencia que implica señalar la causal invocada, las normas procesales y sustanciales transgredidas, y las razones del reparo, todo dentro del marco de los principios que rigen la casación y la lógica de la causal planteada.

8. A pesar que el demandante acertó en la interposición de la casación excepcional en aras de la protección de derechos fundamentales del procesado, la sustentación del cargo único propuesto con apoyo en la causal primera, artículo 207 de la ley 600 de 2000, adolece de serias fallas de claridad, precisión y fundamentación. Esto por lo siguiente:

8.1. El recurso extraordinario de casación es un instituto que busca remediar o poner fin a la violación de la Constitución Política, del bloque de constitucionalidad y de la ley, que hubiese ocurrido en la sentencia de segunda instancia, por errores de juicio o de actividad en que ha incurrido el juez, de manera que con esa finalidad implica la elaboración de la demanda siguiendo los derroteros trazados por la jurisprudencia y la doctrina en las causales previstas por el ordenamiento jurídico.

8.2. Por supuesto, no se trata de exigir al demandante que acuda a fórmulas únicas o sacramentales para postular sus reparos, ni se precisa que utilice la terminología que la técnica casacional ha venido decantando de tiempo atrás para designar las distintas especies de errores en el acopio, contemplación o valoración probatoria, de derecho (falso juicio de legalidad o falso juicio de convicción) o de hecho (falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio), pero sí que presente una argumentación clara, lógica, coherente y trascendente que lleve a demostrar que el fallo presenta irregularidades protuberantes en su estructura, de manera que no es factible mantener su vigencia.

8.3. La impugnación extraordinaria se rige por principios a los cuales está vinculada la Corte y el demandante, tales como el de taxatividad consistente en que no hay causales de casación distintas de las consagradas en el precepto respectivo (arts. 207, ley 600 de 2000; 181 ley 906 de 2004). Limitación el cual se expresa como la imposibilidad de la Sala de proceder de oficio en la determinación de la causal pertinente, en tanto que siendo un recurso rogado y limitado a la extensión que quiera darle el recurrente, no puede tomar en cuenta causales que no fueron invocadas expresamente, salvo cuando advierta transgresión de garantías fundamentales puede utilizar su facultad oficiosa. Prioridad relacionada con el orden de prelación que se deriva de la naturaleza y alcance de las causales invocadas, según el cual unas deben ser atendidas y decididas antes que otras, como por ejemplo la causal de nulidad frente a las restantes o al interior de esta misma en cuanto el poder invalidatorio abarque una

mayor extensión procesal. Y, la situación jurídica del recurrente no se podrá desmejorar, salvo que sujeto procesal con interés jurídico hubiese demandado (principio de no agravación).

8.4. Bajo el contexto anterior en sede de casación no puede proponerse un debate probatorio generalizado y sin observancia de la lógica argumental que le es inherente, porque este medio de impugnación no fue concebido para litigar de manera libre, sino como un excepcional medio de control jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de los fallos a cargo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por las causales taxativamente señaladas en la ley, que hubiesen sido seleccionadas y en forma adecuada desarrolladas en la demanda.

8.5. Estas elementales y mínimas exigencias formales en la postulación y fundamento de las causales de casación las incumplió el defensor del procesado Orlando Rodríguez Martínez, quien pasó por alto que en la causal primera del artículo 207 cpp de 2000 que regula este asunto, se establece la violación directa e indirecta de la ley sustancial.

8.5.1. En la violación directa de la ley sustancial, el error del juez es de juicio o in iudicando al momento de aplicar o interpretar la ley llamada a regular el caso a resolver, y puede acontecer por uno de estos sentidos:

- falta de aplicación -error de existencia-, cuando se ignora que la norma existe, se considera que no está vigente o se estima que está vigente, pero no es aplicable.
- aplicación indebida -error de selección-, cuando la norma escogida y aplicada no corresponde al caso concreto. E,
- interpretación errónea -error de sentido-, cuando la norma seleccionada es la correcta, pero el juez no le da el alcance que tiene o lo restringe.

Frente a esta causal la jurisprudencia viene enseñando que el demandante debe aceptar los hechos y la valoración probatoria tal y como fueron plasmados por los jueces de instancia en la sentencia, debiendo proponer una discusión eminentemente jurídica en la cual demuestre el error o errores del intelecto al momento de aplicar o interpretar la ley y la consecuente trascendencia del yerro en el sentido del fallo.

Cuando se demanda una sentencia por violación directa de la ley sustancial en cualquiera de sus tres modalidades (falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea), el casacionista debe demostrar, sin desconocer los hechos plasmados en el fallo y sin discrepar de la forma como el juzgador los declaró probados, que entre las partes motiva y resolutive de la providencia no existe armonía.

8.5.2. La violación indirecta de la ley sustancial se presenta por errores de derecho o de hecho, todos relacionadas con el tema probatorio.

Cuando se invoca la violación indirecta de la ley sustancial, el recurrente debe concretar el error, si de derecho o de hecho, la prueba o pruebas sobre las que recae y demostrar su trascendencia o incidencia en la transgresión de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal.

Si se trata de un error de derecho, el cual entraña 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 de la sistemática procesal nacional la tarifa legal, se incurre en esta especie de error cuando el juez desconoce el valor prefijado a la prueba en la ley, o la eficacia que esta le asigna (falso juicio de convicción).

Ahora: si el yerro es de hecho, corresponde indicar la modalidad y especie del mismo,

es decir, esta clase de yerros se pueden presentar cuando el juzgador se equivoca al contemplar materialmente el medio, bien porque omite apreciar una prueba que obra en el proceso, ora porque la supone existente sin estarlo o se la inventa (falso juicio de existencia); o cuando no obstante considerarla oportuna y legalmente 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 al apreciar la prueba transgrede los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, esto es, los principios de la sana crítica como método de valoración probatoria (falso raciocinio).

Cuando el reparo se dirige por error de hecho derivado de falso juicio de existencia por suposición de prueba, es deber del casacionista demostrar el yerro mediante la indicación correspondiente de la sentencia donde se alude a dicho medio que materialmente no obra en el proceso; y si lo es por omisión de prueba, compete concretar en qué parte de la actuación 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 el sentido del fallo.

Si lo pretendido es denunciar la configuración de errores de hecho por falsos juicios de identidad en la apreciación probatoria, el recurrente debe señalar qué en concreto dice el medio probatorio, qué exactamente dijo de él el juzgador, cómo se tergiversó, cercenó o adicionó haciéndole producir efectos que objetivamente no se establecen de él, y, lo más importante, la trascendencia del desacierto en la declaración de justicia contenida en la parte resolutive de la sentencia.

Y si se denuncia falso raciocinio por desconocimiento de los postulados de la sana crítica, se debe precisar 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 la 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 de qué manera; y, finalmente, demostrar la consecuencia del desacierto 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 al impugnado.

8.5.3. Sin precisar si la transgresión de la ley sustancial fue directa o indirecta, el libelista unas veces se refirió a que la violación al artículo 38 del cp ocurrió por “interpretación errónea”, lo cual supondría la violación directa y por tanto la aceptación de los hechos y de las pruebas en la forma como fueron tratadas por el Tribunal, debiendo proponer una discusión eminentemente jurídico sobre la intelección de ese precepto, cuestión que omitió.

En otros aportes de la demanda, el casacionista expresó la “violación de la ley sustancial por ERROR DE HECHO”, postura que denotaría la violación indirecta, pero omitió indicar la clase de desacierto, esto es, si por falso juicio de identidad, falso juicio de existencia o raciocinio.

Frente a esta clase de yerro, el censor en lo que denominó “CONCLUSIÓN”, se limitó a decir que el Tribunal desconoció “principios de la lógica y de la sana crítica, al resolver el recurso de alzada”, punto frente al cual pasó por alto señalar cuál fue la prueba o pruebas en las cuales ocurrió esa desatención, el postulado de la lógica que se aplicó de manera inapropiada, señalar cuál era el que se debió tener en cuenta de manera correcta y su trascendencia en la sentencia impugnada.

8.5.4. En resumen: el demandante se contentó con plantear que a favor de su prohijado se debe restablecer el derecho a la prisión domiciliaria revocado por el ad quem, sin sustento jurídico y probatorio alguno y con la esperanza que la Corte asuma lo alegado

por la defensa por encima de lo plasmado en el fallo que llega precedido de la doble presunción de acierto y legalidad que en manera alguna desvirtúa con la indicación y demostración de yerros trascendentes que hicieran posible cambiar el sentido de la decisión.

Por lo anterior, el cargo único se inadmitirá. Y,

8.5.6. En consideración a que la demanda no cumple las exigencias mínimas requeridas para abrir paso a la casación excepcional, se inadmitirá.

9. Casación oficiosa

9.1. De la actuación procesal a que se hizo alusión al comienzo, advierte la Sala una situación posterior al fallo atacado que por ser violatoria de las garantías fundamentales debidas al procesado Orlando Rodríguez Martínez, incentivan la facultad oficiosa de la Corte para controlar la legalidad y constitucionalidad de la sentencia, sin que para dicha finalidad sea necesario correr traslado al Ministerio Público³.

9.2. La transgresión a tales garantías se comprueba de manera sobreviniente a la calificación de la conducta punible y la atribución final de las penas principal de prisión y accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas. Esto por lo siguiente:

9.2.1. En la resolución de acusación de octubre 4 de 2006 y en los fallos de instancia de 3 de abril de 2008 y 3 de febrero de 2009, respectivamente, se imputó al procesado Rodríguez Martínez su autoría en la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce años, tipificada en el artículo 209 del Código Penal, agravado en los términos del numeral 4° del artículo 211 ibídem, por tratarse una de las víctimas de persona menor de doce años.

Lo anterior pone de presente que el ente acusador y los juzgadores atribuyeron una circunstancia específica de agravación punitiva, cuya aplicación, en este caso, no resulta procedente, toda vez que con ello se contraría el postulado del non bis in ídem, lo cual determinó la individualización de una pena privativa de la libertad y accesoria, mayor a la que hoy en día legalmente corresponde. En efecto:

La Corte Constitucional, mediante la sentencia C-521 del 4 de agosto de 2009, declaró exequible el numeral 4° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008, en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 de esa codificación.

Sobre esta materia esta Sala se ha pronunciado en el siguiente sentido que aquí se reitera:

Es cierto que la aplicación del artículo 7° 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 ídem- 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 4° 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, 210 y 210 A 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 perpetrar 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'.

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 7° 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 ídem prefirió sostener la imputación de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 4° 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 años.

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.⁴

Así las cosas, en este evento está acreditada la violación de la prohibición de doble incriminación por una misma conducta, como quiera que las instancias, si bien 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 1236 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 ídem, y daría lugar a imponer una pena superior a la que en derecho hoy en día corresponde”⁵.

En consecuencia, con el fin de salvaguardar la garantía fundamental del non bis in ídem, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo 216 de la Ley 600 de 2000, para corregir de manera oficiosa la sentencia, en el aspecto reseñado.

Por tanto, de conformidad con lo dispuesto por en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones introducidas por las Leyes 890 de 2004 y 1236 de 2008, la pena para el delito de actos sexuales con menor de catorce años oscila entre tres (3) y cinco (5) años de prisión.

Pena mínima : 36 meses.

Pena máxima: 60 meses.

Ecuación: $60 - 36 = 24 / 4 = 6$.

Ámbito de movilidad: 6 meses.

Ese ámbito de movilidad al dividirse en cuartos, queda así: Primer cuarto: treinta y seis (36) a cuarenta y dos (42) meses. Segundo cuarto: cuarenta y dos (42) meses punto un (1) día a cuarenta y ocho (48) meses. Tercer cuarto: cuarenta y ocho (48) meses un día a

cincuenta y cuatro (54) meses. Cuarto Cuarto: cincuenta y cuatro (54) meses un (1) día a sesenta (60) meses).

En consideración a que el a quo para el delito más grave, esto es, los actos sexuales con menor de catorce años se ubicó en el primer cuarto y fijó ese mínimo aumentado en dos (2) meses, la Corte se atenderá a esa estimación por tanto la pena para tal conducta punible quedará en treinta y ocho (38) meses de prisión, a los cuales se sumarán seis (6) meses y ocho (8) días en atención al incremento proporcional efectuado por el concurso con el incesto que la juez de primera instancia había determinado en ocho (8) meses.

En resumen: la pena que deberá cumplir el procesado será la de cuarenta y cuatro (44) meses y ocho (8) días de prisión por los delitos de actos sexuales con menor de catorce años e incesto, y la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. En lo demás, rigen los fallos de instancia.

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,

RESUELVE:

1°. Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor del procesado Orlando Rodríguez Martínez.

2°. Casar oficiosa y parcialmente la sentencia impugnada.

3°. Fijar en cuarenta y cuatro (44) meses y ocho (8) días de prisión la duración de la pena principal, y en ese mismo lapso la inhabilitación de derechos y funciones públicas impuesta al acusado Rodríguez Martínez como autor responsable de las conductas punibles de actos sexuales con menor de catorce años e incesto.

4°- En lo demás rigen los fallos de instancia.

5°- Advertir que contra esta providencia no procede ningún recurso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
CABALLERO

FERNANDO A. CASTRO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN
QUINTERO MILANÉS

JORGE

LUIS

JULIO E. SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria.

1 La Corte omite identificar a la progenitora y a las dos menores de edad por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder (Asamblea General de la ONU, Resolución N° 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos

deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia también con lo previsto en los artículos 47-8, 192 y 193-7 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 26 de febrero de 2000, radicación 18447, entre otros.

3 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia septiembre 12 de 2007, radicado 26967.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto diciembre 3 de 2009, radicado 32972.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 28 de abril de 2010, Radicado 32.782.