

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

Aprobado acta No. 336

Bogotá, D. C., nueve de octubre de dos mil trece.

Se pronuncia la Corte de fondo, de manera oficiosa, en relación con la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual confirmó la condena dispuesta por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, contra el acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años e incesto.

ANTECEDENTES

1.- La cuestión fáctica, a que se contrae la actuación, fue reseñada por el juzgador A quo de la manera siguiente:

“De acuerdo a la denuncia instaurada el 8 de agosto de 2006, por la señora MARÍA DEL ROSARIO CASTRO, se sabe que el señor PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, padre biológico de los menores¹ L.L.M.C., quien para la época de la denuncia tenía cinco (05) años de edad, y de E.A.M.C., quien para la época de la denuncia tenía ocho (8) años de edad, sometió en por lo menos más de dos oportunidades, a sus menores hijos a tocamientos y manipulaciones a nivel de sus órganos genitales (pene, ‘cola’, vagina), los cuales cogía y apretaba con sus manos, hechos que se conocieron luego de que el padre solicitara una valoración ante una comisaría de familia, por presuntos actos

violentos de parte de la madre de los niños. Una vez valorados los menores en esa entidad, su progenitora acudió a la fiscalía con esos documentos y se originó la presente investigación”.

2.- El 22 de junio de 2007, la Fiscalía Seccional 229 con sede en Bogotá, presentó escrito de acusación en el cual le imputó al inculcado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA la realización del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acto sexual con menor de 14 años, agravado, a su vez en concurso heterogéneo y sucesivo con los de incesto, definidos por los artículos 209, 211 numeral 4 y 237 del Código Penal, con las modificaciones punitivas introducidas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

3.- Ante el Juzgado Treinta y Cuatro Penal del Circuito de Conocimiento con sede en Bogotá, los días 19 y 27 de julio de 2007 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación – en la cual la Fiscalía acusó al imputado del referido concurso de delitos; los días 1º de octubre y 23 de noviembre de 2007 la audiencia preparatoria, resolviéndose en ella sobre la pertinencia y conducencia de practicar las pruebas pedidas por las partes y; posteriormente, el día 17 de junio de 2008, el juicio oral. En esta última fecha, por parte del mismo funcionario que presidió el desarrollo de la totalidad del juicio oral, se anunció el sentido condenatorio del fallo. El 20 de abril de 2009, en la audiencia del incidente de reparación, las partes anunciaron haber llegado a un acuerdo sobre los perjuicios, el cual fue aprobado por el funcionario judicial.

4.- La sentencia de primera instancia fue proferida el 10 de septiembre de 2009, por el titular del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá², y con ella se puso fin a la instancia condenando al acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA “debidamente identificado e individualizado, a la pena de ocho (8) AÑOS y DIEZ (10) meses de prisión, al hallarlo responsable de los delitos de ACCESO CARNAL

ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS agravado en concurso homogéneo, y en concurso heterogéneo con INCESTO” (se destaca). Lo condenó asimismo a las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad de sus dos hijos, por el mismo término de la pena principal de prisión, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria disponiendo la captura del acusado.

5.- Apelada esta sentencia por la defensa –quien solicitó revocarla y absolver al acusado-, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia del 24 de noviembre de 2009 decidió impartirle íntegra confirmación³, al resolver en segunda instancia la impugnación interpuesta.

6.- Contra la sentencia de segunda instancia, en oportunidad el defensor del acusado interpuso recurso extraordinario de casación mediante la presentación de la correspondiente demanda⁴.

7.- En providencia de tres de julio último, la Sala decidió inadmitir la demanda de casación presentada, pero al detectar la posibilidad de haberse desconocido una garantía fundamental, dispuso que una vez se surtiera el trámite relacionado con el mecanismo de la insistencia, retornaran las diligencias a fin de realizar el estudio atinente a la eventual vulneración del principio de non bis in ídem.

SE CONSIDERA

1.- Tal como fue advertido por la Sala en el proveído por cuyo medio calificó la idoneidad formal y sustancial de la demanda de casación presentada por el defensor del acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, se observa que al

individualizar la pena, el juzgador a quo inadvertidamente tomó en consideración una circunstancia específica de agravación punitiva, cuya aplicación no resulta procedente en este caso por transgredir el principio de non bis in ídem, pese a haber sido debidamente imputada en la acusación, lo cual determinó la individualización de una pena privativa de la libertad, mayor a la que hoy en día legalmente corresponde.

2.- Sobre dicho particular, la Corte⁵ tiene establecido 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 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 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 ídem.

“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”.

3.- 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.- En torno a la calificación jurídica de la conducta, en el escrito de acusación se indicó por el funcionario de la Fiscalía:

“Con este escrito presento acusación contra PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, identificado con cédula de ciudadanía No. 4.067.000 expedida en Buenavista Boyacá, conforme lo disponen los artículos 336 y 337 del C. de P.P. como autor responsable del delito de acto sexual con menor de catorce años, agravado en concurso homogéneo y sucesivo y en concurso heterogéneo y sucesivo con incesto. Artículo 209, 211 numeral 4 y 237 del C.P.”6.

En la audiencia de formulación de acusación, el Fiscal manifestó que “al señor MURCIA PINILLA la Fiscalía lo acusa como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de 14 años, agravado por el artículo 211 en su numeral 4º y de igual manera en concurso homogéneo y sucesivo. Éste en concurso heterogéneo y sucesivo con el delito de incesto, tipificado en el Art. 237 del C.P. por ser el progenitor y padre biológico de los menores agredidos”.

Al revisar lo acontecido en la audiencia de formulación de acusación, se establece que el fiscal 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.

3.2.- En la sentencia condenatoria de primera instancia, proferida el 10 de septiembre de 2009, esto es cuando ya se encontraba en vigencia la modificación introducida por la Ley 1236 de 2008, el juez de conocimiento indicó que “el artículo 209 del CP, señala que la pena de prisión será de 3 a 5 años para el que realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años, pena que se aumenta en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo según el artículo 143 de la Ley 890 /04, conducta que al encontrarse agravada de acuerdo a lo establecido en el artículo 211 numeral 4 (para la fecha de los hechos la víctimas eran menores de doce años), se aumentará a su vez de una tercera parte a la mitad, quedando su mínimo en 64 meses de prisión y el máximo en 135 meses”.

El Tribunal, por su parte, en la sentencia de segunda instancia, sin advertir el yerro, resolvió impartirle íntegra confirmación al fallo de primer grado.

4.- Lo anterior indica, que si bien la Fiscalía imputó expresa y correctamente una circunstancia de agravación punitiva en una época en que no habían sido expedidas la Ley 1236 de 2008 ni la Sentencia C-521 de 2009, es lo cierto que al momento de emitirse las sentencias de primera y segunda instancias ello no resultaba 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 y confirmada por el Tribunal, 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.- Consecuencias jurídicas.

Con el fin de salvaguardar la garantía fundamental del non bis in ídem establecida en el artículo 29 de la Carta Política, la Corte hará uso de la facultad otorgada por el artículo

184 del Estatuto procesal de 2004 para corregir oficiosamente la sentencia, en el aspecto que viene de ser reseñado.

5.1.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, con la modificación punitiva establecida por la Ley 890 de 2004, 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 48 y 90 meses.

5.2.- Se advierte en este caso que en la 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 ello le permitió al juzgador partir del mínimo punitivo establecido para el cuarto inferior dentro del cual individualizó la pena para un delito de actos sexuales con menor de catorce años (64 meses), el cual incrementó en seis (6) meses atendiendo la gravedad de la conducta ($64+6=70$), es decir en el 33.8% del ámbito de movilidad del cuarto mínimo que estableció en 17.75 meses ($135-64=71$ y $71/4=17.75$) razón por la cual este mismo parámetro habrá de ser el considerado por la Corte ($6 \times 100 / 17.75 = 33.8$).

Entonces, siguiendo los lineamientos fijados por los juzgadores de instancia, como en este caso no concurren circunstancias de mayor punibilidad, para individualizar la pena resulta procedente ubicarse en la pena mínima del cuarto inferior (48 meses), incrementado en el 33.8 % de los 10.5 meses correspondientes al cuarto de movilidad ($90-48=42$ / $4=10.5$ meses). Entonces $33.8 \times 10.5 / 100 = 3.549$ meses (3 meses más 16 días), así se tiene un guarismo de 51.54 ($48+3.549$) meses de prisión, equivalente a 51 meses y 16 días como pena a imponer al acusado por el delito en comento.

Ahora, el aquo tomó la pena por el delito de acto sexual con menor de catorce años que individualizó en 70 meses, y la incrementó en 30 meses por razón del concurso homogéneo ($70+30=100$), los cuales a su vez aumentó en 6 meses por concepto del

concurso homogéneo de delitos de incesto, para un total de 36 meses de incremento por el concurso de conductas punibles, que corresponden al 51.42% de 70 meses.

Si se aplica este mismo porcentaje a los 51 meses y 16 días de prisión (equivalentes a 1.546 días), se tiene que la pena debe incrementarse en 794.95 días, es decir en 26.49 meses, de donde surge que la pena definitiva por todos los concursos delictivos será de 2.341 días, esto es 78 meses y 1 día de prisión, y en ese mismo término se fijan las penas accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, así como de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, según así se dispondrá en la parte resolutive.

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

Vale advertir que el quantum de la pena privativa de la libertad que se impone, impide a la Corte considerar la posibilidad de conceder al sentenciado el sustituto de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Y si bien, pese a que las penas mínimas señaladas en la ley para las conductas punibles realizadas, son inferiores a 5 años de prisión, la Corte mantendrá la decisión de los juzgadores de negarle al procesado la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, prevista en el artículo 38 del Código Penal, toda vez que si bien con ocasión del fallo de casación que se emite, se cumple con los presupuestos objetivos señalados en esta disposición, es lo cierto que no acontece igual con el aspecto subjetivo, pues, como se estableció en el proceso, la manera como llevó a cabo la conducta, esto es aprovechando que las víctimas eran sus propios hijos y que se encontraban bajo su cuidado, aconseja la necesidad de que la ejecución de la pena se cumpla intramuros, a fin de que a través del tratamiento penitenciario pueda lograr su reinserción social, y por tanto, el compromiso de respeto irrestricto a las normas constitucionales y legales que tienen el propósito de brindar protección a la familia,

así como la libertad, integridad y formación sexuales de las personas, y de manera específica, de quienes son menores de catorce años, frente a las amenazas de que puedan ser víctimas.

No puede olvidarse que la conducta llevada a cabo como reveladora de su personalidad, muestra al procesado como una persona especialmente carente de valores e insensible, lo que obliga considerar que la pena se cumpla en privación efectiva de la libertad, no sólo con el propósito de imprimir un carácter disuasivo general, sino para que dicho tipo de conductas no vuelva a tener realización de su parte, menos contra miembros de su familia.

De llegar a reconocerse la procedencia de la prisión domiciliaria como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, se le estaría enviando un equivocado mensaje de impunidad a la sociedad, la cual no lograría comprender cómo, pese a la comisión de tan graves delitos, incluso contra sus propios hijos y en el lugar de domicilio de la familia, la justicia resulta no sólo premiando al sentenciado enviándolo a purgar la pena a su casa, sino exponiendo a riesgos a la comunidad y a la población infantil, como uno de sus sectores más vulnerables.

Las restantes determinaciones adoptadas en las instancias se mantendrán incólumes.

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.- CASAR PARCIALMENTE, de oficio, la sentencia impugnada, en orden a excluir del mismo la agravante punitiva prevista en el artículo 211.4 del Código Penal. Fijar, en consecuencia en setenta y ocho (78) meses y un (1) día la

pena principal de prisión que debe purgar el acusado PABLO RICARDO MURCIA PINILLA, y en el mismo término las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, como autor penalmente responsable del concurso de delitos de actos sexuales con menor de catorce años e incesto.

2.- 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.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
MUÑOZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
OTERO

LUIS GUILLERMO SALAZAR

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Se omite el nombre completo de los menores en protección de sus derechos fundamentales conforme a los artículos 15 y 44 de la [Constitución Política](#), en armonía con los artículos 33, 47 numeral 8 y 193 numeral 7 de la Ley 1098 de 2006

2 Fls. 158 y ss. carpeta original.

3 Fls. 13 y ss. cno. Trib.

4 Fls. 31 y ss. cno. Trib.

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

6 Fls. 25 carpeta original