

Proceso n.º 35357

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente:

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

Aprobado Acta N°08

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

VISTOS:

Se procede a resolver sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de José Manuel Acevedo Berrío, contra la sentencia del Tribunal de Cartagena que modificó la proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de esa ciudad, y en su lugar le condenó como autor de los delitos de acto sexual con menor de catorce años y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambos agravados, en concurso homogéneo y sucesivo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1.- Los primeros fueron tratados en el fallo impugnado de la siguiente manera:

Se inició en virtud de la denuncia presentada por la señora (N.R.M.P.)¹

, contra José Manuel Acevedo Berrío, mediante la cual ponía en conocimiento de la Fiscalía que éste último abusaba sexualmente de su menor hija M.D.U.M., hechos que se descubrieron por los problemas de inestabilidad emocional que venía presentando la

menor, situación que motivó acudir a la Psicóloga Dra. Johana Hoyos Gómez, detectando la niña ansiedad e inestabilidad emocional acompañada de labilidad, atribuyendo estos hechos a los constantes traslados del padre de la menor quien se desempeñaba como Agente de la Policía Nacional, recomendando el tratamiento de terapias. En una de las tantas reuniones que sostuvo la psicóloga con la menor, ésta le comentó que ella fue abusada sexualmente desde que tenía 4 y 7 años de edad, siendo éste abuso reiterativo por parte del señor José Manuel Acevedo Berrío quien la sometía a tales maniobras impúdicas e indecorosas, razón por la cual sentía asco, que le odiaba por ser una persona mala, manifestando además que no decía nada, porque Acevedo Berrío le decía que después el padre de ella le haría cosas malas.

2.- Abierta la investigación y vinculado legalmente mediante indagatoria José Manuel Acevedo Berrío, la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena le definió situación jurídica con imposición de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva como presunto autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado y en concurso homogéneo y sucesivo.

3.- Cerrada la investigación, esa Fiscalía el 30 de octubre de 2006 profirió resolución de acusación contra Acevedo Berrío por el comportamiento referido y además, por el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, agravado conforme al artículo 211 numeral 4º, providencia que logró ejecutoria el 7 de diciembre de 2006.

4.- Correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena adelantar el juicio y celebrada la audiencia de juzgamiento, el 29 de febrero de 2008 absolvió a José Manuel Acevedo Berrío del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, y le condenó a las penas de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por un periodo igual, y le concedió la prisión domiciliaria como autor de la conducta punible de acto sexual abusivo, con menor de catorce años, agravado de acuerdo con el artículo 211 numeral 4º del Código Penal.

5.- La providencia anterior fue apelada por el Ministerio Público y el Tribunal Superior de esa ciudad el 23 de abril de 2010 la modificó, y en su lugar, le condenó a las penas de ciento veinte (120) meses de prisión, como autor de las conductas punibles por las que se le convocó a juicio, y le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, decisión que fue impugnada en vía extraordinaria por el defensor de Acevedo Berrío.

LA DEMANDA:

Al amparo de las causales primera y tercera del artículo 207 de la ley 600 de 2000, el impugnante formuló tres censuras así:

1.- En el cargo primero acusó al ad quem de incurrir en violación directa de los artículos 21, 22, 23 y 24 de la ley 599 de 2000, “toda vez que los comportamientos por los que resultó condenado Acevedo Berrío sólo pueden consumarse por “dolo, culpa o preterintención” y no se probó ninguna de esas modalidades subjetivas y se le condenó sin certeza”.

2.- En el cargo segundo adujo que el Tribunal apreció de manera incorrecta los medios de convicción, error de hecho que los llevó a “asignarles certeza” sobre la responsabilidad penal del procesado, sin tenerla.

3.- En el cargo tercero censuró que el proceso se encuentra viciado, toda vez que se adelantó conforme a la ley 600 de 2000 pero se debió adecuar a la ley 906 de 2004 a partir del 1º de enero de 2008.

Por lo anterior, solicitó a la Sala casar la sentencia impugnada y en su reemplazo proferir una de carácter absolutorio a favor de de Acevedo Berrío.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1.- El recurso extraordinario de casación entendido como control de constitucionalidad y legalidad de las sentencias proferidas en segundo grado se halla des-formalizado en lo relativo a las exigencias de debida técnica que en el pasado inmediato se demandaban, a las que en el presente no se les debe otorgar preponderancia pues ello implicaría contrariar el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial, en la medida que los controles de referencia no recaen sobre lo formalmente demandado sino sobre el proceso en sí y lo decidido en las instancias.

El anterior postulado es dable extenderlo en sus alcances, incluso, para las impugnaciones que se efectúan contra las sentencias de segundo grado proferidas en vigencia de la Ley 600 de 2000. No obstante, se resalta que la des-formalización no convierte a la casación penal en una sede alterna para prolongar los debates dados en las instancias sobre una presunta “violación directa” y por error de hecho derivado de equivocada valoración de medios de prueba y vicios en el proceso, argumentos que de manera escueta y apenas enunciativa se formularon en la demanda.

En este espacio de control constitucional y legal a efecto de la prosperidad de los cargos antes que exigencias formales de debida técnica lo que se demandan son requerimientos lógicos, jurídicos y contundentes en la finalidad de demostrar con efectiva trascendencia que la declaración de justicia objeto de impugnación, la cual llega a esta sede extraordinaria amparada por el principio de la doble presunción de acierto y legalidad, se fundó en vicios in iudicando o se profirió al interior de un juicio viciado por irregularidades sustanciales que afectaron la estructura básica del proceso o con vulneración de garantías fundamentales de las partes, falencias claramente diferenciadas en sus alcances que reclaman el correspondiente control legal o constitucional y los necesarios correctivos.

2.- Por tanto, cuando en la demanda de casación se omiten las exigencias relacionadas con una adecuada formulación del cargo y se deja de señalar con claridad y precisión

debida sus fundamentos o cuando lo acusado se queda en el plano de los enunciados escasos como aquí ha ocurrido sin demostración alguna, la consecuencia procesal no puede ser otra que la inadmisión según así lo estatuye el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

3.- Las siguientes son las falencias que se advierten en la impugnación presentada por el defensor de Acevedo Berrío.

3.1.- El cargo primero mediante el cual acusó al Tribunal de incurrir en violación directa de los artículos 21, 22, 23 y 24 de la ley 599 de 2000, y por que se condenó a Acevedo Berrío sin prueba de esas modalidades subjetivas y sin certeza, se inadmitirá. En efecto:

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 se consolida por uno de estos sentidos:

(i).- falta de aplicación, cuando se ignora que la norma existe, se considera que no está vigente o se estima que está vigente, pero no es aplicable.

(ii).- aplicación indebida, cuando la norma escogida y aplicada no corresponde al caso concreto.

(iii).- interpretación errónea, falencia que se constituye en un error de hermenéutica, cuando la norma seleccionada es la correcta, pero el juez debiéndola aplicar no le da el alcance que tiene haciéndole comportar consecuencias extensivas o restrictivas.

Frente a esta causal la jurisprudencia ha enseñando de manera reiterada que el demandante debe aceptar los hechos y la valoración probatoria tal y como fueron

plasmados por los jueces de instancia en las sentencias, debiendo proponer una discusión estrictamente jurídica en la cual demuestre el error o errores al momento de aplicar o interpretar la ley y la correspondiente trascendencia del error en los sentidos del fallo.

Por tanto, cuando se demanda una sentencia por violación directa de la ley sustancial, como el propio concepto lo denota, la censura deberá centrarse en razones de derecho por errores de los jueces dados en la sentencia en los sentidos de falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, modalidades en las que no tienen cabida la discusión de los hechos, ni controversia alguna sobre los medios de convicción en la forma como fueron producidos o valorados por el juzgador, falencias para las cuales el legislador ha dispuesto el sendero de la violación indirecta por errores de hecho o de derecho.

De otra parte, téngase en cuenta que en la impugnación extraordinaria es permitido formular cargos conforme a las distintas causales de casación, pero deberán efectuarse por separado y de manera subsidiaria, sin que sea dable por virtud de la coherencia argumentativa entremezclar al interior de un mismo cargo impugnaciones aparejadas que correspondan a la violación directa e indirecta.

En esa medida, al adentrarse en la demanda de una sentencia por violación directa de la ley sustancial, como se formulara por el libelista, constituye un desacierto con el que se infringe el “postulado de no contradicción” deslizarse hacia debates referidos a los hechos o a los medios probatorios en cuanto a su inexistencia, ilegalidad, su no objetiva y razonada apreciación o valoración, o hacia la discusión de la ausencia de certeza como lo formuló el libelista, pues esas falencias deberán plantearse, objetivarse y demostrarse con trascendencia argumentativa por la senda del cuerpo segundo de la causal primera, esto es, de manera separada mas no fusionada como se advierte aquí en la demanda.

Además, cuando se plantea respecto de una sentencia violación directa de la ley sustancial, corresponde al censor de manera imperativa señalar, de una parte, las normas sustanciales objeto de violación directa y, de otra, indicar alguno de los sentidos últimos de trasgresión, esto es, si lo fue por falta de aplicación, indebida aplicación o interpretación, aspectos que fueron omitidos por el libelista y que como falencias sólo pueden tener como respuesta la inadmisión del cargo.

Desde la perspectiva de la prevalencia del derecho sustancial no se observa que se hubiese condenado a Acevedo Berrío desconociendo el tipo subjetivo doloso de los comportamientos referidos. En efecto, entre otras consideraciones, el Tribunal dijo:

Es así como en el presente caso la prueba recaudada al ser valorada en conjunto con fidelidad y de acuerdo a los postulados de la sana crítica, conduce a la certeza de la realización, por parte del procesado, de actos constitutivos no solo del delito de actos sexuales con menor de catorce años, sino también del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, por cuanto como claramente lo manifiesta la menor M.D.U.M., en sus declaraciones, dignas de credibilidad, el procesado no sólo acariciaba a su víctima, la besaba, le hacía tocamientos, sino que en algunas oportunidades, además, le introducía sus dedos en la vagina, adecuando su comportamiento al tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, en concurso sucesivo homogéneo agravado, comportamiento digno de reproche porque de manera consciente amoldó su conducta a la descrita en esos tipos penales cuando dadas las circunstancias podía y debía actuar conforme a derecho (...).

Ahora, en relación con la gravedad del hecho, se tiene que las conductas punibles por las que responde el procesado José Manuel Acevedo Berrío se han visto agravadas por cuanto la víctima era persona menor de 12 años al momento en que tuvieron ocurrencia los hechos, conductas de suma gravedad, considerada como una de las peores formas de violación a los derechos humanos de la niñez y adolescencia, que ha alcanzado en esta

última década un mayor reproche social pues impiden su desarrollo integral y perpetúan el círculo de violencia.

Los delitos sexuales cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes afectan todas las dimensiones de su vida, integralidad de sus derechos humanos. Son actos de violencia que interrumpen su desarrollo integral: cognoscitivo, físico, emocional y psicológico de manera definitiva, provocando daños irreparables en su vida, es en atención a ello que las reformas del ordenamiento jurídico han procurado el agravamiento de las penas como una respuesta de la sociedad a la gravedad del daño provocado en la víctima y a los daños causados por la conducta delictiva.

Por lo anterior, la censura se inadmite.

3.2.- El cargo segundo mediante el cual censuró que el Tribunal incurrió en error de hecho derivado de la apreciación incorrecta de medios de convicción que conllevó a “asignarles certeza” sobre los hechos y la responsabilidad penal del procesado sin tenerla, está llamado a la no prosperidad, como se pasa a explicar.

Se observa que el casacionista de manera escasa se ocupó de formular la falencia referida, pero no hizo ninguna clase de desarrollos en cuanto a agregados o cercenamientos fácticos efectuados a la prueba, ni acreditó la ausencia de certeza.

Al respecto debe recordarse que el in dubio pro reo, como apotegma es un estadio cognoscitivo en el que en la aprehensión de la realidad objetiva concurren circunstancias que afirman y a la vez niegan la existencia del objeto de conocimiento de que se trate. Por tanto, en los supuestos del in dubio pro reo y por ende ausencia de certeza se plantea una relación probatoria de contradicciones en la que concurren pruebas a favor y en contra, de cargo y descargo, de afirmaciones y negaciones las cuales como fenómenos proyectan sus efectos de incertidumbre respecto de alguna o algunas categorías jurídico-sustanciales en discusión dentro del singular proceso penal objeto de

examen.

En igual sentido se integran aspectos objetivos y subjetivos desde los cuales se puede inferir que dicho estadio no se materializa por los simples efectos unilaterales de los dilemas relacionados con lo subjetivo o con lo objetivo dados en los fenómenos en contradicción.

Con lo anterior se significa que en orden a la consolidación de este instituto y su correlativa aplicación, la labor fundamental no está dada ni puede quedarse simplemente en identificar las circunstancias de perplejidad, ni reducirse a su mera formulación sin ninguna clase de desarrollos como se advierte en la demanda, sino que por el contrario se debe proceder a discernir hacia dónde se inclina la balanza de exclusiones, es decir, se deberá formular la pregunta y resolverla determinando si los contenidos probatorios de cargo tienen la capacidad de excluir de manera total o parcial a los descargos o a la inversa, aspectos de los cuales no se ocupó el impugnante, ni desde la prevalencia del derecho sustancial se observan lagunas en orden a su aplicación oficiosa respecto de los delitos objeto de control constitucional y legal.

Para el evento concreto, se observa que el Tribunal arribó a la certeza, lo cual se advirtió en el párrafo de la sentencia que viene de citarse, y sin que de manera oficiosa se aprecien equívocos de valoración de medios de prueba ni vacíos en cuanto la existencia de los hechos y responsabilidad penal de Acevedo Berrío que ameriten ser solucionados aplicándoles el in dubio pro reo, como fuera la formulación sin demostración del impugnante.

Por lo anterior, el cargo se inadmite.

3.3.- El cargo tercero mediante el cual el impugnante acusó que la sentencia se halla viciada toda vez que la actuación se adelantó conforme a la ley 600 de 2000 pero se debió adecuar a los reglados de la ley 906 de 2004 a partir del 1º de enero de 2008, no tiene

ninguna vocación de éxito. En efecto:

Los hechos materia de investigación y juzgamiento tuvieron ocurrencia en el año 2005 cuando no había entrado en vigencia el sistema acusatorio para la zona norte incluido el Distrito Judicial de Cartagena, lo cual por disposición del artículo 530 de la ley 906 de 2004 se dispuso a partir del 1º de enero de 2008.

En esa medida, el procedimiento aplicable al asunto objeto de control constitucional y legal era el establecido en la ley 600 de 2000 sin tránsito de ninguna especie hacia el nuevo estatuto procesal, de donde se infiere que no existe error de estructura ni de garantía que permitan invalidar la actuación.

Por lo anterior, la censura se inadmite.

4.- Casación oficiosa.-

Hasta el proferimiento del auto del 12 de septiembre de 2007 (Radicado 29.967), la jurisprudencia mayoritaria de la Sala venía considerando que cuando se inadmite la demanda de casación pero se advierte el menoscabo de una garantía fundamental que imponga su inexcusable enmienda, la Corte, antes de pronunciarse al respecto, debía disponer correr traslado al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Ese criterio se recogió en la providencia mencionada, en la cual se dijo:

Sin embargo, encuentra la Sala que en aras de los postulados de pronta y eficaz administración de justicia, lo lógico es que advertida la irregularidad que atente contra las garantías de los derechos fundamentales, sin correr traslado al Ministerio Público, se subsane de manera inmediata, con el fin de reparar el agravio inferido, máxime cuando la Constitución y la ley impone a la Corte Suprema de Justicia efectivizar el derecho material.

En esa medida, la Sala se pronunciará en este caso sobre la afectación de los derechos fundamentales, lo cual se advierte en 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.

En efecto, se observa que en la resolución de acusación del 30 de octubre de 2006, y en la decisión de segundo grado del 7 de diciembre siguiente la Fiscalía acusó al procesado Acevedo Berrío por su presunta participación en los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, tipificados en los artículos 208 y 209 del Código Penal, agravados en los términos del numeral 4° del artículo 211 ibídem, por tratarse la víctima de una persona menor de doce años.

De otra parte, el juzgador de primera instancia al emitir la condena el 29 de febrero de 2008, le absolvió de la primera conducta en cita, y avaló la mencionada adecuación típica para el segundo delito, razón por la cual le impuso la pena principal de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión.

Apelada la anterior decisión, el Tribunal Superior de Cartagena el 23 de abril de 2010 la revocó de manera parcial y le condenó a la pena de ciento veinte (120) meses de prisión, como autor de los comportamientos por los que se le convocó a juicio, y le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Lo anterior traduce que los juzgadores atribuyeron una circunstancia específica de agravación punitiva, cuya aplicación, en este caso, no resulta procedente pese a haber sido imputada en la resolución de acusación, 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, 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 4º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 7º 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.

La modificación, vale decir, conserva la agravación cuando la víctima es menor de edad, solo que aumentó el margen de 12 años inicialmente previstos en la Ley 599 de 2000, a 14 años.

Sobre el tópico la Sala se pronunció en decisiones del 3 de diciembre de 2009 (Radicado 32.972) y 28 de abril de 2010 (Radicados 32.178 y 32.782), así:

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, inadvertió 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 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'.

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 ídem 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 colegislar, 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.

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 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 ídem, y daría lugar a imponer una pena superior a la que en derecho hoy en día corresponde”².

En consecuencia, con el fin de salvaguardar la garantía fundamental de la favorabilidad de la ley penal establecida en el artículo 29 de la [Constitución Política](#), 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 los artículos 208 y 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 segunda instancia, la pena para el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años oscila entre cuatro (4) y ocho (8) años, y el de actos sexuales con menor de catorce años, entre tres (3) y cinco (5) años.

Dichos topes, atendiendo a la agravante del artículo 211-4 ya comentada, se aumentaron de una tercera parte a la mitad, es decir, para el primero de los citados de cinco (5) años, cuatro (4) meses a doce (12) años, y para el segundo de cuatro (4) años a seis (6) años y ocho (8) meses de prisión, y por razón del concurso se le impuso una pena de ciento veinte (120) meses de prisión.

De otro lado, habida cuenta que en la resolución acusatoria no se determinaron circunstancias de mayor punibilidad y, contrariamente, se reseñó la ausencia de antecedentes del sindicado como aspecto de menor punibilidad, el juzgador de primera instancia se ubicó en el cuarto mínimo de movilidad punitiva y dentro del mismo aplicó la pena menor, es decir, 4 años de prisión.

Ahora bien, eliminada la citada agravante, es claro que la pena privativa de la libertad, conforme motivó y tasó el ad quem, en lo que corresponde al comportamiento más grave, es decir, acceso carnal abusivo con menor de catorce años, deberá fijarse en el cuarto mínimo de este, y como se trata de un concurso de delitos debe tenerse en cuenta

lo establecido en el artículo 31 ibídem, el cual establece:

El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según la naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En esa medida, al dividir la pena del delito más grave de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, esto es, de cuatro (4) años a ocho (8) años, en cuartos medios, quedan así: Primer cuarto: cuarenta y ocho (48) a sesenta (60) meses. Segundo cuarto: sesenta (60) a setenta y dos (72) meses. Tercer cuarto: setenta y dos (72) a ochenta y cuatro (84) meses. Cuarto Cuarto: ochenta y cuatro (84) a noventa y seis (96) meses.

A su vez, al dividir la pena del delito de actos sexuales con menor de catorce años, esto es, de tres (3) años a cinco (5) años, en cuartos medios, quedan así: Primer cuarto: treinta y seis (36) a cuarenta (42) meses. Segundo cuarto: cuarenta y dos (42) a cuarenta y ocho (48) meses. Tercer cuarto: cuarenta y ocho (48) a cincuenta y cuatro (54) meses. Cuarto Cuarto: cincuenta y cuatro (54) a sesenta (60) meses.

El artículo 31 en cita, establece que la pena del delito más grave, para el caso entendida en su cuarto mínimo, esto es, de cuarenta (48) a sesenta (60) meses es dable aumentarla hasta en otro tanto sin que sea superior a la suma aritmética de la conducta punible que concurse.

Para el evento se trata de comportamientos punibles que se consumaron de manera reiterada por espacio de varios años en la persona de una menor de catorce años, valga decir, conductas sucesivas al extremo reprochables que en concreto merecen sancionarse en forma ejemplarizante.

En efecto, los delitos sexuales cometidos contra los niños afectan todas las dimensiones de su vida, son actos de violencia que inciden en su desarrollo integral, físico, emocional, psicológico y producen daños y secuelas irreparables, razón por la cual, en su dosificación concreta el aumento debe ser el máximo permitido por la norma referida. En esa medida, partiendo del mínimo de cuarenta y ocho (48) meses, los cuales incrementados en esa porción a que alude la norma referida, se fija la pena en un total de noventa y seis (96) meses de prisión, y la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. En lo demás, rigen los fallos de instancia.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República:

RESUELVE:

- 1.- Inadmitir la demanda de casación presentada por el defensor de José Manuel Acevedo Berrío.
- 2.- Casar oficiosa y parcialmente la sentencia impugnada.
- 3.- Fijar en noventa y seis (96) meses de prisión la duración de la pena principal, y en ese mismo lapso la inhabilitación de derechos y funciones públicas impuesta al procesado José Manuel Acevedo Berrío.
- 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

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO JOSÉ LEONIDAS
BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ ALFREDO GÓMEZ
QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN JORGE LUIS
QUINTERO MILANÉS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Se omite identificar a la menor y a su progenitora por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos 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 No 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 normado en los artículos 47-8, 193.7 de la ley 1090 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia).

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 28 de

abril de 2010, Radicado 32.178.