

3CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 404.

Bogotá D.C., diciembre cuatro (4) de dos mil trece (2013).

VISTOS

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JOSÉ ADELMO ERAZO PAPAMIJA contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali del 27 de junio del año en curso, mediante la cual confirmó la dictada el 15 de julio de 2010 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Descongestión de la misma sede que condenó al mencionado por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, ambos agravados y en concurso homogéneo.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

El 26 de junio de 2008 la señora Amilbia Lucía Burbano Narváez denunció a su ex compañero JOSÉ ADELMO ERAZO PAPAMIJA de haber accedido carnalmente y realizado actos sexuales sobre sus dos hijas menores LCB y ADPBC1, prácticas que, según le comentaron sus descendientes, se venían realizando desde el año 2002 y se prolongaron hasta el 2007, esto es, desde cuando las niñas tenían 6 y 7 años de edad respectivamente, y cesaron al terminar la relación sentimental.

Con ocasión de estos hechos se dispuso la apertura formal de instrucción, en cuyo marco se vinculó mediante diligencia de indagatoria a JOSÉ ADELMO ERAZO PAPAMIJA, tras lo cual se definió su situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva por las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años.

Cerrada la fase instructiva, la fiscalía calificó su mérito el 1° de julio de 2009 con resolución de acusación en su contra como presunto autor del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ambos agravados (art. 211-2 y 4 del C.P.).

Ejecutoriado el anterior proveído, la fase del juicio correspondió inicialmente al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, donde se evacuaron las audiencias preparatoria y de juzgamiento; no obstante, el fallo fue dictado el 15 de julio de 2010 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Descongestión de la misma sede², mediante el cual condenó al procesado a la pena principal de nueve (9) años de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, tras encontrarlo autor penalmente responsable de los delitos por los cuales fue acusado.

En la misma determinación, negó al sentenciado el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustitutivo de la prisión domiciliaria.

Inconforme con la anterior decisión, la defensa del sentenciado la impugnó, siendo confirmada por el Tribunal Superior de Cali el 27 de junio del año que avanza.

Contra la sentencia de segunda instancia el mismo sujeto procesal interpuso recurso extraordinario de casación, allegando oportunamente libelo sustentatorio, de cuya admisibilidad se ocupa la Sala.

LA DEMANDA

El censor formula tres cargos contra la sentencia. Los dos primeros con fundamento en la causal tercera de casación prevista en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000 por nulidad y un último con soporte en el motivo primero de la misma preceptiva por violación indirecta de la ley sustancial.

Por razones metodológicas y a fin de evitar la repetición de los planteamientos tanto del censor como de la Sala, se asumirá en primer lugar y de forma conjunta el estudio de los cargos sustentados en la causal de nulidad y luego, de forma independiente, se asumirá el estudio del fundamentado en la violación indirecta. Con tal propósito, en el siguiente apartado considerativo se compendiarán inicialmente los argumentos expuestos por el libelista y, acto seguido, el criterio de la Sala en torno al cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad. En acápite final se expondrán las razones que conducen a casar oficiosamente el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Cargos formulados por la causal de nulidad:

En la primera censura propuesta con fundamento en este motivo casacional, señala el libelista que al apelar la sentencia de primera instancia solicitó la nulidad, planteando, entre otras cosas, que como los hechos se remontaron a los años 2002 o 2003 y hasta el 2007 la actuación debió tramitarse por la Ley 906 de 2004, vigente para el momento de la denuncia (26 de junio de 2008) y no bajo la Ley 600 de 2000, como erradamente se hizo; así mismo, expuso que se le privó de la oportunidad de contrainterrogar a las menores víctimas aplicando el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 “siendo que para la época regía era el Decreto 2737 de 1989, impidiéndome ejercer la contradicción de la prueba”.

A continuación refiere que según el artículo 170 de la Ley 600 de 2000 uno de los temas a abordar en la redacción de la sentencia es el análisis de los alegatos; sin embargo, subraya, el Tribunal remitió a lo expuesto en auto anterior de esa corporación, de modo que dejó de emitir pronunciamiento sobre el tema de nulidad, por lo que “se cometió un error in procedendo por ausencia absoluta de motivación”.

En virtud de lo anterior, colige, se configuran las causales de nulidad previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 306 ante la comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afectan el debido proceso y por violación del derecho de defensa, esto último en cuanto “las inquietudes del sujeto procesal se quedan sin respuesta, por ejemplo para recurrir en casación y abordar este tema, es necesario que la segunda instancia se haya pronunciado sobre el mismo”.

En la segunda censura, formulada al amparo de la misma causal, sostiene que se estructuró la causal de nulidad del numeral 1° del artículo 306 del estatuto procesal penal por falta de competencia del funcionario judicial a consecuencia de que, acorde con la denuncia, los hechos ocurrieron en el año 2006.

Por consiguiente, señala, “ante esta denuncia del 26 de junio de 2008, cuando ya se encontraba vigente entre nosotros el nuevo sistema penal acusatorio de la Ley 906 de 2004, debió adelantarse esta investigación por los ritos del nuevo sistema”. Lo anterior porque dicha normatividad entró a regir en el distrito judicial de Cali el 1° de enero de 2006, “luego para denuncios del año 2008, cuando ya llevaba año y medio rigiendo en Cali el nuevo sistema penal acusatorio, debió adelantarse el trámite de acuerdo al nuevo procedimiento”.

Por lo anterior, solicita se declare la nulidad de lo actuado a partir, inclusive, de la diligencia de indagatoria en la fase instructiva.

Consideraciones de la Corte:

De manera reiterada ha sostenido esta Colegiatura que la propuesta de nulidad fundamentada en la causal tercera de casación del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, como ocurre con las demás causales de casación, está sometida a un mínimo de requisitos de orden argumentativo para que se tenga por adecuadamente formulada en esta sede extraordinaria.

Por consiguiente, es preciso que se identifique claramente el motivo sobre el cual gira la irregularidad advertida, la causal de nulidad que procede como consecuencia de ese defecto, las normas que apoyan la pretensión, la trascendencia que genera, bien en el marco de la estructura del proceso o en el de las garantías fundamentales de quien la invoca y el momento procesal a partir del cual se debe invalidar la actuación, así como la correlativa indicación del funcionario judicial al cual corresponde rehacerla.

También hace parte del estudio de admisión de la demanda soportada en este remedio extremo, el cumplimiento de los principios que orientan su declaratoria, esto es, taxatividad, instrumentalidad de las formas, trascendencia, protección, convalidación y residualidad, previstos en el artículo 310 de la Ley 600 de 2000.

De ese modo, sólo en cuanto se verifique que la censura reúne los anteriores condicionamientos, se podrá concluir que se ajusta a los requisitos formales previstos en el artículo 212 ibídem, para así admitirla de conformidad con lo dispuesto en el siguiente artículo del mismo estatuto.

Con ese norte, se advierte cómo ninguno de los dos reparos objeto de análisis satisface tales condicionamientos.

Así, en lo que respecta al primer cargo, en tanto surge nítido que la propuesta no cumple con el postulado de trascendencia, regente en sede de casación, y en orden, igualmente, para acudir al remedio extremo de la nulidad de la actuación procesal.

Al respecto, empiécese por indicar que asiste razón al libelista al destacar la importancia del deber que asiste a los jueces de motivar su providencias, apenas coherente con un Estado adscrito a un modelo Social y Democrático de Derecho donde dichos funcionarios están supeditados al imperio de la ley con el fin de evitar que impongan su mero arbitrio o capricho.

Igualmente porque tal obligación dimana de lo dispuesto en el artículo 230 de la Carta Fundamental, dado que a los asociados se les garantiza el acceso a la administración de justicia, y a que, según lo prevé al artículo 229 ibídem, las actuaciones de esta índole se surtan conforme a un debido proceso, en cuyo interior puedan ejercer debidamente el derecho de contradicción, entendido, según el artículo 29 del mismo ordenamiento superior, como la facultad de “presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria”.

Pues bien, todo ese cúmulo de garantías sólo encuentran materialización si el funcionario judicial expone las razones o argumentos en los cuales se basa para adoptar sus decisiones, como así también lo reconocen instrumentos internacionales ratificados por Colombia, a saber: en el literal a) del numeral 3º del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York (Ley 74 de 1968) y en el literal b) del numeral 2º del artículo 8º de la Convención Americana de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972).

En consecuencia, las decisiones tomadas por los funcionarios judiciales deben estar acompañadas de las razones jurídicas que las sustentan, como también lo exige el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, al imponer al juez el deber de hacer referencia a los hechos y asuntos propuestos por los

sujetos procesales. Así mismo, en los arts. 3° de la Ley 600 de 2000, con carácter de principio rector, de acuerdo con el cual el operador jurídico está obligado a motivar las medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales; 170, citado por el actor, y 171 de la misma obra, referidos a los requisitos de las sentencias y de las providencias judiciales, respectivamente.

No obstante lo expuesto, la transgresión de este apotegma no se verifica en el caso particular y por ello se colige la falta de trascendencia del cargo, lo cual, a su vez, impone su inadmisión.

Lo anterior, por cuanto no es cierto que el fallo carezca de absoluta motivación al no haber dado respuesta a planteamientos de la defensa esgrimidos para sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primer grado. En efecto, en relación con los dos puntos específicos sobre los cuales recae la propuesta del actor, advirtió el ad quem:

“De esta manera, el Tribunal se pronunciará en torno a los puntos de inconformidad planteados por el defensor, aclarando que como quiera que la primera situación que plantea en su escrito de impugnación, se refiere a la nulidad de lo actuado por violación al derecho de defensa y debido proceso, esta Corporación se limitará a referirse a lo ya resuelto en anterior oportunidad tanto por la Fiscalía en primera y segunda instancia, como por esta Sala de Decisión Penal, al conocer el recurso de apelación interpuesto por el togado contra la decisión adoptada por el juez de primera instancia en diligencia de audiencia preparatoria, celebrada el 22 de septiembre y, 6 de octubre de 2009, en el sentido de negar las peticiones de nulidad y práctica de pruebas, tal como obra a folios 28 a 51 del cuaderno principal No. 2, al cual deberán remitirse las partes, para evitar caer en repeticiones innecesarias”³.

Como se puede advertir, entonces, no es que el ad quem haya omitido, como ya se vio,

su indiscutible deber de motivar la decisión, sino que, por razones meramente metodológicas y en orden a no incurrir en repeticiones innecesarias, remitió a los argumentos que frente a las mismas propuestas, esto es, sin variación alguna, ya había expuesto previamente en el auto de 17 de febrero de 2010⁴, en razón a que el mismo defensor que hoy funge como casacionista interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada por el juez de conocimiento en desarrollo de la audiencia preparatoria que negó el decreto de nulidad sustentado en tales motivos, confirmado tal determinación, para lo cual expuso una argumentación en orden a respaldar esa postura, tornándose innecesario en momento posterior, si su decisión era igual, como a la postre lo fue al negar la nulidad, volver a consignar los argumentos expuestos en aquella oportunidad.

De ahí que, por tanto, ninguna irregularidad surge de esa actuación del Tribunal, pues los fundamentos de su decisión se encuentran en la providencia inicial, los cuales fueron integrados a la sentencia con la remisión expresa.

Tampoco asiste razón al actor cuando, para soportar la transgresión del derecho de defensa, y, específicamente, en su faceta de contradicción, advierte que la omisión de fundamentar en la sentencia impugnada imposibilitó acudir al recurso extraordinario de casación por pretermitirse la segunda instancia de decisión, pues, de una parte, se ha de recordar que la nulidad de la actuación procesal se puede deprecar en cualquier momento de la actuación y, por ende, no se exige agotar la instancia previa, constituyéndose ello precisamente en una excepción a la denominada exigencia de unidad temática entre lo postulado para sustentar la apelación y el recurso de casación, factor que incide en el interés para impugnar en esta sede.

De otra parte, porque de cualquier forma la motivación se encuentra en la decisión anterior de la misma Corporación integrada por remisión, lo cual posibilita su controversia, sin afectarse, en consecuencia, el derecho de defensa.

Tanto ello es así que en el segundo cargo del presente libelo el defensor insiste en uno de las razones que a su juicio desencadena la nulidad de la actuación procesal.

En ese orden de ideas, dimana evidente que no se configura la irregularidad postulada en este cargo; por tanto, la propuesta se torna intrascendente, imponiéndose, así, según lo anunciado, su inadmisión.

Situación similar se advierte en cuanto a la segunda censura postulada por el mismo motivo casacional, donde en concreto refiere a la falta de competencia del funcionario judicial derivada de haberse tramitado la actuación bajo la cuerda de la Ley 600 de 2000 y no por la 906 de 2004.

Este reparo tampoco cumple las exigencias legales indispensables para su admisión, conforme lo establece el inciso final del artículo 205 de la Ley 600 de 2000, entre las cuales está la de enunciar la causal y formular el cargo, con expresión clara y precisa de sus fundamentos y de las normas que se estiman infringidas, según lo determina el numeral 3º del artículo 212 ibídem, para cuya satisfacción se requiere, además, seguir las pautas de sustentación que la Corte ha fijado cuando se trata de elaborar una demanda de casación.

En efecto, como lo tiene suficientemente decantado la jurisprudencia de la Sala5, cuando por vía de casación se aduce nulidad por falta de competencia, es necesario que el actor formule el cargo con apoyo en la causal tercera y lo desarrolle al amparo de los lineamientos propios de la causal primera, demostrando que se incurrió en violación directa o indirecta de la ley sustancial.

En tal virtud, si se opta por la violación directa de la ley, corresponde al casacionista indicar las disposiciones que el fallador aplicó indebidamente o aquellas que dejó de aplicar o las que interpretó inadecuadamente, según sea la naturaleza de la violación directa aducida, así como expresar las razones jurídicas que sustentan el cargo.

Por su parte, si el actor denuncia la violación indirecta de la ley, deberá expresar si proviene de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, así como señalar el sentido del error, esto es, en el primer caso (error de hecho) precisar si se trata de falso juicio de existencia, falso juicio de identidad o falso raciocinio. Y, en el segundo evento (error de derecho), indicar si se incurrió en falso juicio de legalidad o en falso juicio de convicción.

En el caso objeto de estudio, el censor pretermitió la regla casacional en mención, pues confeccionó el reproche al amparo únicamente de la causal tercera, sin que lo hubiese desarrollado con sujeción a los parámetros inherentes a la causal primera. De ahí que haya omitido precisar y, con mayor razón, demostrar si la falta de competencia aducida provino de la violación directa o indirecta de la ley.

El origen de la desatención reseñada proviene de haberlo planteado como falta de competencia del funcionario judicial -no específica cuál en particular-, sin brindar elementos de juicio que permitan colegir que la tramitación del asunto por una normatividad procesal errada comporta necesariamente la falta de competencia de quien la surtió, falencia argumentativa suficiente para determinar la inadmisión de la censura.

Empero, refuerza la conclusión anterior de que este reproche, como el precedente, también carece de trascendencia, el estar sustentado sobre premisas erradas, como ya lo han expuesto suficientemente los juzgadores de instancia en el decurso de la actuación procesal. Así, el juez de conocimiento al negar la nulidad que sustentada en ese mismo motivo deprecó la defensa en desarrollo de la audiencia preparatoria y el Tribunal en su decisión ya referida por medio del cual confirmó esa determinación.

Al respecto se indicó con acierto por las aludidas autoridades que dada la naturaleza de las conductas punibles por las cuales se procede: accesos carnales y actos sexuales abusivos con menor de 14 años perpetrados en múltiples oportunidades durante un

lapso de más de cuatro años, no se pueden tomar como una sola conducta de ejecución permanente o continuada, sino que cada uno de estas afrentas configuró un verdadero atentado al bien jurídico protegido y por ello erige un delito autónomo, de ahí que la imputación comprenda un concurso homogéneo de tales comportamientos delictivos.

Si ello es así, la normatividad aplicable es la vigente para el momento de los hechos, sin que surja la menor duda que frente a las conductas realizadas hasta antes del 1° de enero de 2006, fecha en que entró a regir la Ley 906 de 2004 en el distrito judicial de Cali, conforme a su artículo 531, era aplicable la Ley 600 de 2000, y sin que en ello tenga incidencia, como equivocadamente lo plantea el libelista, la fecha de la denuncia.

Por las razones aludidas, esta censura también se inadmitirá.

1. Cargo tercero. Violación indirecta de la ley sustancial:

Sostiene el censor que la sentencia impugnada incurre en error de hecho por falso raciocinio, para lo cual parte de la base que el fallo se sustentó en las declaraciones de las menores ofendidas, de su progenitora y en la valoración psicológica realizada a las primeras.

En cuanto a lo atestado por la madre de las niñas, Amilbia Lucía Burbano Narváez, señala que su dicho no es creíble porque no fue testigo presencial de los hechos que denunció, amén de que su exposición está cimentada en suposiciones de hechos que no le constan.

Las menores, por su parte, exhiben contradicciones en sus dichos, pues mientras ADPBC dice que durante el tiempo que estuvieron en Popayán el procesado sólo les

tocaba los senos, LCB refiere a un acceso carnal. Si se tiene en cuenta que las dos dormían en una misma cama, es claro, dice, que la segunda miente, ya que tal hecho debió ser advertido por su consanguínea.

A lo anterior se suma no ser posible que a LCB le saliera sangre de su zona genital, como lo refiere en su atestación, por estar acreditado que tiene himen elástico o complaciente, “de donde se sigue que a pesar de que tenga una relación no se puede presentar sangrado pues no hay ruptura del himen. Indudablemente aflora la mentira y queda de bulto el interés por perjudicar”.

Por otro lado, indica a continuación, al cabo que en la denuncia se refirió que los hechos acaecieron en el 2006, en el relato de las menores se alude a su realización durante los años 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, “como para hacerle parecer más gravosa la situación del acusado, como tratando de que nunca salga de la cárcel”.

Pero, a juicio del actor, obran adicionales circunstancias que también permiten colegir que el dicho de las menores no merece credibilidad. Así, las reglas de la experiencia enseñan que cuando ocurre un delito de esta índole, y de la gravedad aquí señalada, los interesados acuden de inmediato a denunciar el hecho y no, como ocurrió en este caso, tiempo después, pareciéndole extraño que sólo se haya hecho luego de terminada la relación sentimental entre el procesado y la progenitora de las menores.

Además, expone que “las reglas de la experiencia nos indican también que del amor al odio solo hay un paso. La señora Amilbia fue la esposa de ADELMO durante varios años pero finalmente se enamoró de otro hombre: un policía, por cuanto ella llegó a trabajar en la cafetería de la Policía de Fray Damián en Cali”.

La menor LCB, a su vez, manifiesta que su nuevo padrastro las ha ayudado para poner la denuncia y que ahora, con 15 años de edad, ya tiene novio, de modo que “como se ve el relato de las menores no fue al tiempo de los supuestos hechos, la mamá tiene un

nuevo marido quien obviamente tiene interés en mantener a ADELMO lo más alejado, - éste les dejó hasta casa-, y por eso las apoya para que lo hagan hundir”.

Así mismo, de acuerdo con el examen sexológico practicado a las niñas, no presentaban lesiones traumáticas recientes, lo cual infirma los hechos denunciados.

Acto seguido, alude a la valoración psicológica realizada a las ofendidas acorde con el cual sus aseveraciones son confiables, pero no debe servir como prueba irrefutable “ya que este investigador simplemente entrevistó a las menores cuando ya tienen 15 y 14 años de edad, cuando, -según se ha expresado-, pueden haber sido preparadas para dar su relato”.

Vista la prueba en su conjunto, acota el censor, con las tesis de inocencia de su prohijado y los testimonios de Alexa Anaconda Buesaco, Jefer Harvey Papamija, Reinelda Papamija, Maricel Erazo Papamija y Jenny Ximena Burbano, quienes dan fe que no es una persona agresiva, sumado al inexistente temor de las menores para informar la situación, pues el procesado siempre lo que quiso fue ayudarlas, se advierte la presencia de serias dudas sobre la responsabilidad de su prohijado, desconocidas a través del falso raciocinio denunciado que “llevó a las instancias a aplicar indebidamente los artículos 208, 209 y 211, numerales 2 y 4 del Código Penal, dejando de aplicar el canon número 7 del C de P.P.”.

En ese orden, solicita casar la sentencia impugnada y, en su lugar, se absuelva a su defendido de los delitos por los que fue acusado.

Consideraciones de la Corte:

Como en esta censura se postula un error de hecho por falso raciocinio, oportuno resulta recordar lo que la Sala ha señalado acerca de su naturaleza y la forma correcta de plantearlo en sede de casación.

Pues bien, según criterio reiterado de la Sala, se incurre en esta modalidad de yerro cuando el juzgador valora un medio probatorio desconociendo las pautas de la sana crítica, esto es, postulados lógicos, leyes científicas o máximas de la experiencia.

Por tanto, para que una propuesta basada en esa modalidad de error tenga concreción, el demandante está compelido, como primera medida, a identificar la prueba sobre la cual recae el yerro; luego, a establecer el mérito otorgado al medio de convicción en la sentencia y a la vez a señalar cuál es el postulado de la sana crítica en su criterio vulnerado, esto es, el principio lógico, la máxima de la experiencia o la regla científica quebrantada.

Acto seguido debe proceder a vincular esa apreciación con la pauta aludida demostrando en dónde radica el desvío y, por último, está obligado a precisar la trascendencia del error frente a la ley sustancial, lo cual le exige exponer los argumentos conducentes a demostrar que la sentencia impugnada se debe modificar en favor del interés representado como consecuencia necesaria del error, tarea que, ineludiblemente, entraña abordar la totalidad de los medios de persuasión en los cuales se sustenta.

En la censura objeto de estudio se identifican los medios de prueba sobre los cuales recae el yerro, esto es, los testimonios de la progenitora de las víctimas, de las propias menores ofendidas y la valoración psicológica a la que fueron sometidas, pero se incurre en una primera incorrección, pues tanto el testimonio de la madre de las víctimas como la valoración psicológica sirvieron para corroborar el dicho de las menores sin que en momento alguno se les haya considerado, como erróneamente lo entiende el libelista, pruebas directas de la responsabilidad ERAZO PAPAMIJA, de ahí que no haber sido presenciales de las afrentas sexuales, cuestionamiento sobre el cual cifra buena parte del error propuesto, resulta intrascendente frente a lo argumentado en los fallos.

De cualquier forma, el planteamiento ofrecido en la censura dista de la forma correcta de demostrar un falso raciocinio en la ponderación probatoria de acuerdo con las directrices vistas, o cualquier otro yerro demandable en sede casación, lo cual descarta que se trate de una mera falencia nominal.

Se afirma lo anterior porque en realidad el actor no pone de presente la violación de pautas de la sana crítica, más concretamente, a su juicio, de máximas de la experiencia, reglas de la lógica o del sentido común en la apreciación de las mencionadas probanzas, sino el marcado propósito de imponer su criterio subjetivo de valoración, el cual resulta incompatible con el carácter universal y general que las caracteriza.

Las únicas referencias del actor sobre vulneración de pautas de la sana crítica, además, tienen que ver con el supuesto desconocimiento de la experiencia al valorar las atestaciones de las menores porque, de un lado, sostiene que cuando se cometen atropellos sexuales de esta gravedad se denuncian de inmediato y no se deja transcurrir un lapso significativo como en este caso y, por otro, porque “del amor al odio solo hay un paso”, llamando la atención que los hechos sólo se hubieran puesto en conocimiento luego de la ruptura entre el procesado y la madre de las niñas.

Empero, ninguno de estos dos asertos se corresponde con una real máxima de la experiencia. Por un lado, no se puede considerar un comportamiento generalizado la denuncia inmediata de este tipo de hechos, pues ello depende de una serie de circunstancias, como, por ejemplo, lo cual suele suceder, el temor que el agresor infunde en las víctimas, especialmente cuando son más vulnerables, como sucede con los menores de edad, precisamente siendo esta la situación pretextada por las ofendidas, de ahí que sólo hasta cuando comprobaron que la relación entre el sindicado y su progenitora había concluido, optaron por dar a conocer los sucesos.

Menos aún el segundo supuesto en tanto parte de una situación particular -la ruptura

de la relación amorosa entre el implicado y la madre de las menores- y por entero especulativa, de la cual no se puede extraer un comportamiento generalizado que se pueda entender como una regla de la experiencia, cuya formulación se podría concretar a que casi siempre que se rompe una relación surgen sentimientos de animadversión que incluso pueden llevar a crear imputaciones delictivas falsas con el único propósito de perjudicar a la ex pareja, como lo dice el actor: “del amor al odio solo hay un paso”, expresión que además de ser un añejo refrán popular por manera alguna comporta una conducta socialmente reiterada constitutiva de una máxima de la experiencia.

Entonces, al constatarse que el censor se limita en ese cargo simplemente a exponer de forma abierta su criterio personal en punto de la valoración de las probanzas mencionadas, lo que se hace más notorio cuando pretende sin mayores argumentos que se le otorgue credibilidad a la prueba de descargo, en su mayoría conformada por testimonios de familiares del implicado quienes simplemente ponen de presente su buen comportamiento, resulta evidente que deja sin demostrar el error formulado y, además, atenta contra la naturaleza extraordinaria del recurso de casación -en cuanto se concentra en la producción de errores que afectan la constitucionalidad o legalidad del fallo- sin lograr derruir la doble presunción de acierto y legalidad que lo gobierna -en cuya virtud prevalece el juicio del sentenciador sobre la opinión subjetiva del recurrente-.

En ese orden de ideas, este reproche también se inadmitirá.

Como, entonces, de acuerdo con lo expuesto en precedencia surge diáfano que la demanda no se sujeta a los cánones que gobiernan la postulación y demostración de errores en esta sede y a que por virtud del principio de limitación que regenta el trámite casacional la Corte carece de facultad para enmendar tales falencias, de conformidad

con lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000 se impone su inadmisión.

Casación oficiosa:

De acuerdo con la potestad otorgada a la Sala para casar oficiosamente el fallo en tratándose de la causal tercera o cuando sea ostensible que atenta contra garantías fundamentales, prevista en el artículo 216 ejusdem, se procederá en tal sentido, sin necesidad de correr previo traslado al Ministerio Público⁶.

La activación del mecanismo está relacionada con dos aspectos: (i) la aplicación del principio de favorabilidad por razón de la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008 y (ii) ante la falta absoluta de motivación al imponer un incremento sobre el mínimo de la pena correspondiente a los delitos concursales, situaciones que no fueron advertidas por el Tribunal.

En cuanto al primer punto, es necesario comenzar por recordar que el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008 modificó el 211 de la Ley 599 de 2000 referido a las circunstancias de agravación punitiva de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y, específicamente, la contemplada en el numeral 4°, en el entendido de que las penas para estas conductas se aumentaron de una tercera parte a la mitad, cuando:

“4. Se realizare sobre persona menor de catorce (14) años”.

No obstante, para el momento de ocurrencia de los hechos por los que se procede estaba vigente la disposición original del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, según la cual la pena para estas delincuencias se incrementaba en la misma proporción cuando:

“4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años”.

Pues bien, tanto la Corte Constitucional como esta Sala se han venido pronunciando en el sentido de que la reforma del texto en cuestión trajo como consecuencia la inaplicación de la agravante para los delitos sancionados en los artículos 208 y 209 del estatuto represor, precisamente los atribuidos en este asunto al implicado ERAZO PAPAMIJA, por comportar quebranto del principio non bis in ídem toda vez que el elemento normativo de estos tipos, referente a recaer sobre persona menor de catorce (14) años se repite en la modificación de la agravante.

Ello condujo a que la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-521 de 4 de agosto de 2009, declarara la exequibilidad condicionada del numeral que contiene la agravante, en el entendido de que “dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209”. Tal afirmación se basó, fundamentalmente, en los siguientes aspectos:

“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.

(...)

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.

(...)

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 exequibilidad 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.’ (Subrayas fuera de texto).

Esta Sala, por su parte, con la misma visión del Tribunal Constitucional, también ha encontrado que la reforma legislativa a la circunstancia de agravación en comento trajo como consecuencia su inaplicabilidad para los delitos referidos. Así lo expuso:

“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 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 ídem”7.

De tal manera que en aquellos casos en que se haya atribuido la causal de agravación para los delitos en mención, como ocurre en este asunto, ha menester marginarla de la adecuación típica por aplicación del principio de favorabilidad, pues el advenimiento de la Ley 1236 de 2008 es posterior a la fecha de ocurrencia de los hechos por los que se procede, lo que impone, desde luego, suprimir los efectos concretos que haya tenido en la punibilidad8.

Sobre esto último, es preciso consultar los parámetros consignados en el fallo de primer grado, amén de que el Tribunal confirmó, sin modificación alguna, esta providencia.

En tal sentido, la primera observación que se debe plasmar es que esta circunstancia, de conformidad con lo normado en el artículo 60 del Código Penal, por ser específica de agravación punitiva, tiene repercusión directa en la determinación de los límites mínimos y máximos de la pena o ámbito de dosificación punitiva. Sin embargo, sucede que ella no fue la única circunstancia de agravación de esa misma naturaleza imputada en la resolución de acusación y en la sentencia condenatoria impugnada para las dos

conductas atribuidas, a su vez, cada una, en concurso homogéneo.

En efecto, el procesado en mención fue acusado y condenado por los delitos de acceso carnal abusivo en menor de 14 años y actos sexuales en menor de 14 años por las circunstancias contenidas en los numerales 2 y 4 del artículo 211 ibídem.

Es decir que, por concurrir paralelamente la circunstancia del numeral 2 de la norma en cita, prevista para cuando “El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza”, por cuanto se trataba del padrastro de las víctimas, el marco de punibilidad, aún prescindiendo de la circunstancia referida, no sufre alteración alguna y cosa distinta hubiera sucedido si tan sólo se hubiere imputado la circunstancia del numeral 49.

No obstante lo anterior, los efectos de su aplicación pueden verse reflejados en la ponderación ulterior realizada por el juzgador con el objeto de individualizar el monto de la pena, conforme al artículo 61 ejusdem, una vez establecido el cuarto de dosificación dentro del cual debe moverse, atendidas “la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir sobre el caso concreto”.

Pero sucede en este caso, y de ahí nace la segunda situación anunciada, también configurante de violación de garantías fundamentales que impone igualmente la casación oficiosa del fallo, que en ese tópico el a quo no expuso motivación alguna, optó simplemente, a través de un cuadro esquemático que básicamente contiene cifras¹⁰, por apartarse del mínimo del cuarto mínimo de dosificación punitiva (48 meses de prisión para el delito de actos sexuales con menor de 14 años y 64 para el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años), por partir de 52 meses en el primer caso y

de 72 en el segundo, yerro que no corrigió el Tribunal, sin reparar que una tal situación constituye afrenta a los derechos al debido proceso y del derecho de defensa.

El correctivo para enmendar el agravio producido por las dos situaciones advertidas consistirá, entonces, en reducir la pena al mínimo del cuarto respectivo que, como se acaba de señalar es de 48 meses de prisión para el delito de actos sexuales con menor de 14 años y de 64 para el de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y en aplicación del artículo 31 del Código Penal, como lo hizo el a quo, se tomará la del delito más grave (64 meses de prisión) y se incrementará en la misma cantidad establecida por esa autoridad (36 meses), por razón de “los restantes accesos y actos en concurso”¹¹, para un total de pena a imponer a JOSÉ ADELMO ERAZO PAPAMIJA de 100 meses de prisión, o lo que es lo mismo, 8 años y 4 meses, aclarando que en igual monto se fija la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Resta señalar que los demás aspectos del fallo impugnado no se afectan con ocasión de lo aquí decidido.

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 la defensora de JOSÉ ADELMO ERAZO PAPAMIJA, por las razones consignadas en la anterior motivación.

2.- CASAR OFICIOSA y parcialmente el fallo de segundo grado en el sentido de modificar la pena principal impuesta al mencionado a ocho (8) años y cuatro (4) meses de

prisión y en igual monto la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

3. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO

FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Como esta providencia puede ser publicada, se omite el nombre de las menores, de conformidad con lo normado en el numeral 8° del artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 “por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

2 Competencia asignada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la

Judicatura, mediante Acuerdo No. 6773 de marzo 8 de 2010.

3 Pág. 7 del fallo de segundo grado.

4 A partir del fol. 28 del c.o. 2.

5 En ese sentido, ver auto del 12 de diciembre de 2003, rad. 21379.

6 Cfr. Decisión del 12 de septiembre de 2007, rad. 26967.

7 Auto de 3 de diciembre de 2009, rad. 32972.

8 Cfr. auto de 28 de abril de 2010, rad. 32178.

9 Cfr. auto de 3 de diciembre de 2009, rad. 32972.

10 Pág. 15 del fallo de primer grado.

11 Ibídem.