

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP17447 – 2016

Radicación 45986

(Aprobado Acta No. 387)

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

VISTOS:

Resuelve la Corte la acción de revisión promovida, a través de apoderado, por el ciudadano HERMES EDUARDO ORTEGA VIDAL contra la sentencia condenatoria proferida el 13 de mayo de 2010 por el Tribunal Superior de Bogotá, confirmatoria de la emitida el 26 de enero anterior por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de la misma sede. HECHOS:

En el proceso materia de la acción de revisión se declaró probada la siguiente situación fáctica:

Entre finales del año 2007 hasta principios de 2008, HERMES EDUARDO ORTEGA VIDAL exigió a su hija Laura Marcela Ortega Robles sostener relaciones sexuales con él, requerimiento que aquella atendió, de un lado, por el temor y el maltrato general que su padre tenía con la familia y, del otro, porque fue la forma sugerida de perdonarle las

mantenidas con su novio.

ACTUACIÓN PROCESAL:

Adelantada la respectiva investigación, la Fiscalía General de la Nación presentó escrito de acusación en contra de HERMES EDUARDO ORTEGA VIDAL por el delito de acceso carnal violento, agravado por el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo y, además, heterogéneo con incesto.

En la audiencia de acusación el prenombrado se allanó al cargo de incesto, produciéndose la ruptura de la unidad procesal.

Celebradas las audiencias preparatoria y de juicio oral, el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá emitió fallo de primer grado, condenando a ORTEGA VIDAL a la pena principal de 210 meses de prisión.

Por vía de apelación, el Tribunal confirmó esa decisión y contra ella la defensa interpuso recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue inadmitida por la Corte mediante providencia del 9 de diciembre de 2010.

LA DEMANDA DE REVISIÓN:

El libelista invocó la causal séptima prevista en el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, según la cual la acción de revisión procede cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria.

Para fundamentar la causal empezó reseñando que HERMES EDUARDO ORTEGA VIDAL fue condenado, primero, por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá a 18 meses

de prisión por el delito de incesto y, después, por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de la misma ciudad a 210 meses de prisión por el punible de acceso carnal violento, en concurso homogéneo y sucesivo y, además, agravado con base en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, esto es, por tener el sentenciado autoridad sobre la víctima.

Según el actor, la condena por el ilícito de incesto se sustentó en el hecho de ser ORTEGA VIDAL padre de la afectada, circunstancia que se consideró, adicionalmente, para deducir la causal de agravación antes mencionada, lo cual es violatorio del principio non bis in ídem, conforme lo consideró la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 25 de mayo de 2011, dictada dentro de la radicación 34133.

Por lo anterior, le solicitó a la Corte acceder a la revisión de la sentencia para excluir de la condena la causal de agravación deducida, procediéndose a realizar, consecuentemente, la redosificación punitiva de rigor.

El actor aportó el poder para actuar, así como copia de las sentencias de primera y segunda instancia motivo de la revisión, con constancia de su ejecutoria. Además, allegó copia de la providencia del 22 de abril de 2009 mediante la cual el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá condenó al actor por el delito de incesto, imponiéndole 18 meses de prisión.

TRÁMITE EN LA CORTE:

Mediante auto del 24 de septiembre de 2015 se admitió la demanda y se ordenó allegar a la actuación el proceso respecto del cual se solicita la revisión.

Por decisión del 17 de noviembre siguiente, atendiendo que la causal invocada no requiere la práctica de elementos de juicio distintos a los aportados con la demanda, se

dispuso realizar la audiencia prevista en el inciso 7º del artículo 195 de la Ley 906 de 2004, en cuyo desarrollo intervinieron únicamente el demandante y la Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en su condición de agente del Ministerio Público.

ALEGATOS PRESENTADOS EN LA AUDIENCIA:

El demandante.

Reiteró que la acción de revisión tiene como fundamento la causal 7ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004 e insistió en que a HERMES EDUARDO ORTEGA VIDAL se le vulneró el principio non bis in ídem porque, de acuerdo con diversos pronunciamientos de la Corte, la punibilidad no puede ser agravada con fundamento en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal cuando se procede por el delito de incesto.

Al respecto, citó la sentencia del 25 de mayo de 2011 (rad. 34133), decisión emitida con posterioridad a aquellas en las cuales se profirieron las condenas en contra de ORTEGA VIDAL. Esa jurisprudencia fue ratificada en las providencias del 31 de octubre de 2012 (rad. 33657), 17 de noviembre de 2010 (rad. 35029) y 2 de febrero de 2011 (rad. 32529).

Tras reseñar el fundamento de los citados pronunciamientos de la Corte, destacó cómo al sentenciado se le atribuyó la causal de agravación por el hecho de tener autoridad sobre la víctima. Así mismo, al momento de dosificársele la pena se le dio un mayor tratamiento punitivo con base en los criterios del artículo 61 del Código Penal, bajo el argumento de que el comportamiento recayó sobre su hija. Es decir, por ese mismo hecho se le hizo una doble incriminación.

El Ministerio Público.

En su criterio, el fundamento de la causal de agravación atribuida al condenado,

efectivamente, fue su condición de padre biológico de la víctima, circunstancia también utilizada para tipificar el incesto y, más aún, para establecer el incremento punitivo una vez determinado que la pena debía fijarse dentro del primer cuarto. Se vulneró en esos términos la prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho.

Concurren los presupuestos de la causal de revisión invocada, entre ellos, el surgimiento de interpretación jurisprudencial favorable al condenado que modificó los criterios establecidos para determinar el monto de la pena a imponer.

Le solicitó a la Corte, por tanto, declarar fundada la demanda, redosificando la pena sin tener en cuenta la agravante deducida, ni el incremento efectuado una vez determinado el ámbito punitivo dentro del cual se fijó la sanción.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

El propósito de la acción de revisión, como insistentemente lo ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación, es remover la intangibilidad de la cosa juzgada cuando se establece que una decisión con esa connotación comporta un contenido de injusticia material, por cuanto la verdad procesal allí declarada se opone a la verdad histórica de lo acontecido.

En el evento materia de análisis, la pretensión del actor se fundamenta en la causal 7ª del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal de 2004, conforme a la cual dicha acción procede “cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya variado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad”.

Sobre el mencionado motivo de revisión, la Sala tiene dicho que para su

configuración es indispensable que el actor no solamente demuestre cómo el fundamento de la sentencia cuya remoción se persigue es entendido por la jurisprudencia de modo diferente, sino que, de mantenerse, comportaría una clara situación de injusticia, pues la nueva solución ofrecida por la doctrina de la Corte conduciría a la sustitución del fallo.

Así mismo, ha sido insistente en señalar que para su demostración no basta invocar abstractamente la existencia de un pronunciamiento de la Corte, o de señalar uno concreto pero desconectado de la solución del caso, sino que resulta indispensable, además, demostrar cómo de haberse conocido oportunamente por los juzgadores la nueva doctrina sobre el punto, el fallo cuya rescisión se persigue habría sido distinto (CSJ AP, 11 de marz. de 2003, rad. 19252).

De la misma manera, la Sala ha precisado que el pronunciamiento judicial con sustento en el cual se apoya la solicitud sólo debe provenir de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia, por ser esta Corporación el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, atendiendo la función que cumple de unificar la jurisprudencia nacional como tribunal de casación (art. 180 del Código de Procedimiento Penal) [CSJ AP, 5 de dic. de 2002, rad. 18572).

En tal virtud, conforme a la previsión normativa y los precedentes jurisprudenciales de la Corte, se tiene que los presupuestos sustanciales de la causal 7ª de revisión son: i) que la acción se dirija contra una sentencia condenatoria ejecutoriada, ii) que el fallo sea proferido por un juez o Corporación judicial, iii) que la Sala Penal de la Corte, en decisión posterior, haya variado la concepción normativa aplicada en el fallo cuya revisión se pide, y iv) que el nuevo criterio jurídico expresado por la Sala sea favorable, en cuanto de mantenerse el anterior comportaría una clara situación de injusticia.

Observa la Corte que tales presupuestos, ciertamente, se presentan en el caso sometido a su decisión. En efecto, la acción de revisión se dirige contra una sentencia

ejecutoriada proferida por una Corporación judicial.

De otro lado, se ha acreditado en esta actuación que el criterio jurídico con el cual se sustentó la sentencia condenatoria fue variado con posterioridad por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En efecto, sea lo primero recordar que a HERMES EDUARDO ORTEGA VIDAL la Fiscalía le atribuyó en su momento el delito de acceso carnal violento, agravado por el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo y, además, heterogéneo con incesto. Respecto de esa última conducta punible, el prenombrado aceptó los cargos, produciéndose la ruptura de la unidad procesal, cuya nueva actuación culminó con la sentencia del 22 de abril de 2009, mediante la cual el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Bogotá lo condenó a 18 meses de prisión.

Por su parte, en lo referido al otro comportamiento delictivo, una vez culminado el juicio, el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de esta misma ciudad, el 26 de enero de 2010, lo condenó a la pena de 210 meses de prisión, decisión confirmada por el Tribunal de idéntica sede el 13 de mayo siguiente.

En esa segunda condena el juez de primera instancia, en consonancia con la acusación, le dedujo al sentenciado la circunstancia de agravación prevista en el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal, sobre la base de la autoridad que ejercía sobre la víctima, fundamento que la Corporación judicial de segundo grado precisó, señalando que su atribución obedecía al hecho de “tener el responsable la condición de padre de la víctima y ello representa autoridad o a impulsarla a depositar en él su confianza”¹.

Ocurre que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2011, dictada dentro de la radicación 34133, es decir, posterior a los fallos de primera y segunda instancia, sentó el criterio según el cual vulnera

el principio non bis in ídem condenar simultáneamente por la circunstancia de agravación en mención y por el delito de incesto cuando el “carácter, posición o cargo” a que se refiere el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal se deriva exclusivamente de que el responsable ostenta la condición de padre de la víctima.

De acuerdo con esa postura jurisprudencial, como la norma precitada y el artículo 237 del estatuto punitivo, el cual tipifica el incesto, regulan la misma situación fáctica, “el asunto se soluciona dando aplicación preferencial a aquella disposición que con mayor riqueza descriptiva recoja integralmente lo acaecido”, que no es otra que la última señalada, pues la misma “sanciona al ascendiente que realice el acto sexual con su descendiente”, mientras “la causal de agravación reprocha, no necesariamente el nexo familiar, sino el carácter, posición o cargo que ostente el agente activo”.

El reseñado criterio, es de acotar, ha sido reiterado en posteriores decisiones y es el que actualmente prevalece en la Sala. En ese sentido, CSJ SP, 5 de sep. 2012, rad. 38164; SP, 31 oct. 2012, rad. 33657; SP, 10 de abril de 2013, rad. 40916; SP, 6 de nov. de 2013, rad. 41625; y SP, 10 dic. 2014, rad. 39993. En la segunda de esas decisiones, en efecto, se concluyó lo siguiente:

“... aparece implícito, tanto en la acusación como en la sentencia del a quo, que la agravante referida al carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza, se dedujo sobre la base de la relación consanguínea que existía entre víctima y victimario, de padre a hija, por ende ese parentesco no podía constituirse en motivo de agravación de los actos sexuales con menor de 14 años, cuando él aparece a modo de elemento del delito de incesto que le

fuera igualmente imputado al procesado, porque el artículo 237 de la Ley 599 de 2000 sanciona precisamente a quien realice acceso carnal u otro acto sexual con un descendiente, de ahí que habrá de excluirse de la imputación ese motivo de incremento punitivo”.

Es de anotar que en los pronunciamientos del 17 de noviembre de 2010 (rad. 35029) y del 2 de febrero de 2011 (rad. 32529) no se prohibió la referida tesis, como equivocadamente lo adujo el accionante en la audiencia de alegaciones. Contrariamente, en ellos se contempló la posibilidad de atribuir al mismo tiempo la circunstancia de agravación y el incesto, sin plantearse excepción alguna al respecto. Sea como fuere, se tiene que la sentencia del 25 de mayo de 2011, arriba citada, no sólo es posterior a tales determinaciones sino a los fallos materia de la acción de revisión y es el precedente que mantiene actualmente vigente la Corte.

En el evento objeto de examen, como quedó visto, se condenó a HERMES EDUARDO ORTEGA VIDAL, de una parte, por el delito de acceso carnal violento con la agravante contemplada en el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal y, de la otra, por el punible de incesto, pero el elemento necesario para la atribución de la causal de mayor punibilidad, esto es, el “carácter, posición o cargo” se derivó exclusivamente de la condición de padre biológico ostentada por el sentenciado respecto de la víctima. Tal proceder, al tenor de la jurisprudencia actual de la Corte, constituye vulneración al principio non bis in ídem, porque cuando ocurren casos como ese sólo resulta viable condenar por incesto, sin considerar la agravante en mención.

Es indudable, por tanto, que concurren aquí los presupuestos de la causal de revisión objeto de invocación, motivo por el cual la Sala la declarará fundada para excluir de la condena la causal de mayor punibilidad.

Redosificación punitiva:

La prosperidad del motivo de revisión contemplado en la demanda impone la consiguiente redosificación punitiva, y a ello se procede, para lo cual se sujetará la Sala a los parámetros aplicados por el juez, no modificados por el Tribunal:

El a quo tomó en consideración el original artículo 205 del Código Penal, el cual sancionaba el delito de acceso carnal violento con prisión de 8 a 15 años, punibilidad a la cual le aplicó el incremento establecido en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, obteniendo los extremos que van de 128 a 270 meses, los cuales, a su vez, aumentó de una tercera parte a la mitad por la circunstancia agravante deducida, de manera que los límites dentro de los cuales fijó la sanción quedaron de 170 meses y 20 días a 405 meses.

Por efecto de la prosperidad de la acción de revisión, es entonces necesario que la Sala suprima el incremento efectuado por virtud de la causal de agravación, de manera que la pena deberá determinarse entre 128 y 270 meses.

Ahora bien, el juez seleccionó el cuarto mínimo, correspondiente a los extremos oscilantes entre 170 meses y 20 días y 229 meses y 7 días y dentro de ese ámbito de punibilidad impuso 190 meses, atendiendo que “la conducta del aquí sentenciado es una conducta sumamente grave, ya que se cometió en contra de su hija, se atentó de una manera directa y desbastadora contra sus derechos de libertad, integridad y formación sexual, además de que se desvió el rumbo de su normal desarrollo psicológico, causando un daño inmenso a la víctima y a su núcleo familiar, es más reprochable aun que el procesado se hubiere valido de una posición favorecida dentro de la familia y más exactamente siendo el padre biológico para poder perpetrar sus vejámenes además de la violencia psicológica, de la intimidación y la constante humillación a que sometía a la víctima con el fin de obtener o satisfacer sus deseos sexuales”².

En la intervención presentada en la audiencia pública la defensa y el Ministerio Público, al unísono, argumentaron que el incremento efectuado al mínimo del cuarto

inferior constituye también vulneración del principio non bis in ídem, porque se sustentó en la condición de padre biológico de la víctima ostentada por el condenado, por cuya virtud solicitaron también su retiro de la sentencia.

Al margen de que tal planteamiento es parcialmente cierto, pues el juzgador para fijar la sanción dentro del cuarto que seleccionó se refirió a otros de los criterios establecidos en el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal, la Sala advierte que esa pretensión resulta improcedente, por las siguientes razones:

La prosperidad de la demanda de revisión objeto de examen obedeció a la demostración de que, efectivamente, la Corte varió el criterio jurídico que sirvió de fundamento para atribuir al condenado la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, en cuanto la jurisprudencia actual considera que se quebranta el principio non bis in ídem cuando, a la par que se deduce esa causal de mayor punibilidad, se condena por el delito de incesto, siempre que ambas consecuencias jurídicas se sustenten exclusivamente en la condición de padre biológico de la víctima ostentada por el responsable.

Es decir, la configuración de la causal de revisión invocada radicó, no en la vulneración per se del referido principio, sino en el surgimiento de un precedente jurisprudencial en el cual se entendió que así ocurre. De tal manera que el efecto de esa comprobación no puede ser otro distinto a la invalidación del criterio que sirvió para sustentar la sentencia demandada y el marginamiento de la consecuencia jurídica asignada con ocasión de la adopción de esa postura, esto es, la causal de agravación en mención.

El efecto rescindente de la presente acción, por tanto, no puede cobijar el incremento efectuado por el fallador con fundamento en los criterios del inciso tercero del artículo 61 del Código Penal. Su legalidad, ello es claro, debió cuestionarse al interior del proceso penal, en las oportunidades dispuestas para el efecto. El interesado cuenta también con

la posibilidad de presentar una nueva demanda de revisión y a través de ella acreditar que todos, o algunos de esos factores, han de decaer en virtud de la comprobación de alguna de las causales establecidas en el artículo 192 de la Ley 906 de 2004.

Así las cosas, la Sala determinará la sanción a imponer a ORTEGA VIDAL considerando el aumento realizado por el fallador de primer grado, aun cuando proporcionalmente, atendida la reducción de los extremos punitivos como consecuencia de la prosperidad de la acción de revisión. Ese incremento, que ascendió a 19 meses y 10 días, equivale al 33,01% respecto del ámbito punitivo seleccionado.

Como el cuarto mínimo aplicable ahora corresponde a los límites que van de 128 meses a 163 meses y 15 días, significa ello que el aumento a efectuar al primero de esos extremos deberá ser de 11 meses y 21 días, lo cual arroja como resultado 139 meses y 21 días.

Se tiene, de otra parte, que el juez elevó la sanción en 20 meses más por razón del concurso homogéneo y sucesivo bajo el cual se cometió el acceso carnal violento, guarismo que, proporcionalmente, equivale a 14 meses y 21 días, atendiendo la nueva sanción deducida para el delito base.

En consecuencia, la pena de prisión que se impondrá a HERMES EDUARDO ORTEGA, en vez de la determinada por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá, será de ciento cincuenta y cuatro (154) meses y doce (12) días.

Se precisa que la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas queda en ese mismo lapso, conforme lo establecido en el inciso tercero del artículo 52 del Código Penal.

La Corte mantendrá, igualmente, la negativa a conceder al sentenciado la suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como la prisión domiciliaria, por la expresa

prohibición que contempla el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 68 A del Código Penal y, además, por cuanto no cumple los requisitos objetivos exigidos por las normas vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos, si se tiene en cuenta que, en el primer caso, la sanción determinada supera los 3 años de prisión (art. 63 del C. P.) y, en el segundo, la pena mínima prevista para el acceso carnal violento excede de 5 años de prisión (art. 38 ibídem).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. DECLARAR fundada la causal de revisión invocada por el defensor de HERMES EDUARDO ORTEGA VIDAL.

2. DEJAR sin efectos, parcialmente, las sentencias proferidas el 26 de enero de 2010 y el 13 de mayo de igual año por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, respectivamente, exclusivamente para marginar de ellas la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal.

3. IMPONER a HERMES EDUARDO ORTEGA VIDAL la pena de prisión de ciento cincuenta y cuatro (154) meses y doce (12) días, como autor responsable del delito de acceso carnal violento, cometido en concurso homogéneo y sucesivo. La accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas queda en el mismo lapso.

4. En todo lo demás, los fallos permanecen vigentes.

4. En firme la presente decisión, devuélvase el proceso penal al juzgado de origen.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Página 17 del fallo de segunda instancia.

2 Página 14 del fallo de primera instancia.