

SALA DE CASACIÓN PENAL

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

Magistrado ponente

SP6917-2015

Radicado N° 45230.

Aprobado acta No. 198.

Bogotá, D.C., tres (3) de junio de dos mil quince (2015).

## V I S T O S

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JOSÉ LEONEL LLANOS PARADA, contra el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, fechado el 28 de agosto de 2014, mediante el cual confirmó la sentencia proferida el 28 de mayo del mismo año, por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de esa ciudad, condenando a su representado judicial, en calidad de autor de un concurso homogéneo sucesivo de delitos de actos sexuales con menor de catorce años, a la pena principal de 5 años de prisión. Allí mismo se impuso la sanción accesoria de interdicción en los derechos y funciones públicas del acusado, por un lapso igual al de la sanción aflictiva de la libertad y se le concedió el sustituto de prisión domiciliaria.

## H E C H O S

Fueron referidos en el fallo de primer grado, de la siguiente manera:

“El 27 de mayo de 2005, el comisario de familia, la personera del municipio de (...) - Atlántico y el defensor de familia del centro zonal del I.C.B.F del municipio de Baranoa, se trasladaron hasta el Colegio Bachillerato (...) de (...) -Atlántico con el fin de entrevistar a L.V.M.M. debido a que en el pueblo se rumoraba que venía siendo víctima de abuso sexual por parte de un vecino de nombre JOSÉ LLANOS quien ejecutaba maniobras sexuales sobre ella y le ofrecía plata para que buscara otras niñas de la misma edad.

Durante la entrevista realizada por estos funcionarios la niña comentó que el sindicado la invita a su casa y allá comienza a darle besitos por el cuello y los senos, a tocarla por todo el cuerpo, le ofrecía cinco mil pesos si hacía cosas malas con él y si le buscaba otras niñitas de la misma edad que ella.

Agregan que la conducta del sindicado tiene consternada (sic) a todas las autoridades del municipio de (...), ya que en ese lugar no se habían presentado este tipo de situaciones, como que también lo había hecho con otras niñas entre los 10 y 12 años ya que el sindicado labora como ayudante de bus “el chupaflor” de la ruta (...) -Barranquilla y se ofrece en llevar a las estudiantes menores de 14 años, sin cobrarles un peso, a cambio que se dejen hacer lo que él les diga”.

#### DECURSO PROCESAL

La denuncia fue instaurada en escrito presentado por el Defensor de Familia del Centro Zonal Baranoa, el 20 de junio de 2005, ante la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía General de la Nación en Barranquilla, oficina que dispuso apertura formal de instrucción en contra de JOSÉ LLANOS, en auto proferido el 21 de junio de 2005.

Una vez asignada la investigación a la Fiscalía 41 Delegada ante los Jueces Penales del

Circuito de Barranquilla, se recibió indagatoria a JOSÉ LEONEL LLANOS PARADA, el 29 de agosto de 2008.

El 14 de febrero de 2011, fue resuelta la situación jurídica de LLANOS PARADA, absteniéndose la Fiscalía de imponerle medida de aseguramiento -en atención al monto de la pena- por los delitos, en concurso homogéneo sucesivo, de actos sexuales con menor de 14 años, agravado.

El 28 de febrero de 2011, se decretó el cierre de la investigación. Consecuentemente, el 19 de abril siguiente se calificó el mérito del sumario, dictándose resolución de acusación en contra de JOSÉ LEONEL LLANOS PARADA, de conformidad con la definición típica consignada en el auto que resolvió su situación jurídica, contemplada en los artículos 209 y 211-4 del C.P.

Impugnada la decisión por el defensor del procesado, con fecha del 28 de noviembre de 2011, la Fiscalía Segunda Delegada ante el Tribunal de Barranquilla, la confirmó en su integridad.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el asunto le fue repartido, para adelantar la fase del juicio, al Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla, el 1 de junio de 2013.

El 21 de enero de 2014, tuvo lugar la audiencia preparatoria.

El 25 de febrero de 2014, se celebró la audiencia pública de juzgamiento.

La sentencia de primer grado, en la cual se condenó al procesado a la pena de sesenta meses de prisión, fue expedida el 28 de mayo de 2014.

Oportunamente el fallo fue recurrido en apelación por el defensor del procesado, en razón de lo cual el Tribunal de Barranquilla emitió, el 28 de agosto de 2014, la decisión

de segunda instancia que confirmó en su integridad lo resuelto por el A quo.

Contra esa decisión interpuso y sustentó la defensa recurso de casación, a través de escrito que ahora se analiza en su debida fundamentación.

## LA DEMANDA

### Cargo único

En confuso y abigarrado memorial, el defensor del acusado comienza por señalar que acude a la causal primera contemplada en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, dado que se violó “flagrantemente la Ley sustancial ya que las decisiones de instancias yerran en la apreciación de las pruebas obrantes en el sumario”.

Al efecto, transcribe luego un apartado del artículo 232 ibídem, atinente al tipo de prueba que debe soportar las decisiones judiciales, para de allí extraer automáticamente que no se recaudaron elementos de juicio suficientes en el cometido de condenar al procesado.

En particular, advierte que “los dictámenes médico legales nos demostraron que la conducta no existió”.

Entiende el demandante que se presentaron irregularidades sustanciales “que afectan el debido proceso, la seguridad jurídica del proceso penal y los derechos fundamentales vulnerados a mi representado”.

Para finalizar, el recurrente modifica el sentido del cargo a efectos de destacar la materialización de “una posible prescripción de la acción penal”, pues, discurrieron 7 años desde que se ejecutaron los hechos atribuidos al procesado, hasta que se emitió la resolución de acusación, y la pena imponible para el delito objeto de

llamamiento a juicio oscilaba entre 3 y 5 años, acorde con lo establecido en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, vigente en esa época.

Pide el casacionista, en consecuencia, que se case el fallo a efectos de revocar la condena y en su lugar absolver al acusado de los delitos objeto de vinculación penal.

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Ya suficientemente se conoce la posición de la Sala, en punto del rigor demandado consignar en la demanda de casación, pues, no se trata de recrear una especie de tercera instancia que sirva de escenario adecuado a la controversia ya superada de las instancias, en la cual se pretende anteponer el particular criterio en punto de la justeza del trámite o de la valoración probatoria, a aquel que sirvió de soporte a la decisión de los jueces A quo y ad quem, entre otras razones, porque a esta sede arriba la decisión judicial con una doble connotación de acierto y legalidad.

Se busca, entonces, que la dicha presunción sea derribada a través de criterios claros, lógicos, coherentes y fundados, insertos en el compromiso de demostrar la violación en la cual incurrió el fallador, suficiente para echar abajo su contenido de verdad, en el entendido de que, de no haberse materializado el yerro, otra hubiese sido la decisión, y precisamente así faculta trascendente recurrir al mecanismo extraordinario de impugnación.

Lo reseñado, para significar que el desprolijo escrito presentado por el defensor del acusado, ni alegato de instancia alcanza a perfilar, pues, de forma deshilvanada pretende condensar en un mismo cargo, sin jamás ahondar en el vicio o sus efectos, críticas de variada estirpe a la decisión de condena.

Desconoce el casacionista, además, los mínimos rudimentos argumentales de las causales de casación, al punto que significa acudir a la violación directa de la ley, pero el soporte de lo precariamente alegado remite exclusivamente a los hechos y pruebas asumidos por el fallador, pasando por alto que, precisamente, la causal elegida opera en el campo estrictamente jurídico, de aplicación o interpretación de una norma sustancial, y por ello impide controvertir esos otros aspectos.

En otras palabras, cuando el cargo reposa en la violación directa de la ley sustancial, lo reclamado demostrar por el demandante, es que sobre unos hechos asumidos ciertos por el Tribunal, no aplicó este, o lo hizo con indebida interpretación de su contenido, la norma concreta que regula el caso.

Lejos de ello, el recurrente se limita a afirmar que las pruebas recogidas son insuficientes para emitir fallo de condena, sin ocuparse jamás de verificar el contenido argumental de los fallos, en punto de las pruebas y su análisis de trascendencia, con lo cual el alegato se instituye en simple posición de parte carente de fundamentación.

Apenas, el impugnante dice que los dictámenes médicos aportados por los legistas demuestran la inexistencia de la conducta reiterada atribuida a su representado judicial, pero nunca precisa por qué sucede ello, cuando es claro que lo atribuido al acusado se limita a actos sexuales distintos del acceso carnal y los dichos dictámenes únicamente advierten no materializado el desgarramiento himeneal.

Lo cierto es que las instancias -en sentencias complementarias que representan un todo, dado que el fallador de segundo grado confirmó en su integridad tanto lo decidido por el A quo, como sus apreciaciones probatorias- efectuaron un completo examen de los medios suarios recogidos, que abarcó la prueba testimonial, particularmente, lo que sobre el vejamen manifestaron las dos menores agraviadas, y los dictámenes en cuestión, hasta derivar de ello absoluta certeza respecto de la

ejecución material de los delitos –de maneras puntual se verificó que lo establecido por los galenos de ninguna manera impugna esa conclusión, dado que se endilga al procesado el simpe acto sexual-, y la responsabilidad de JOSÉ LEONEL LLANOS PARADA, en los mismos.

Los dichos análisis probatorios jamás han sido cuestionados o siquiera verificados en su justeza intrínseca por el demandante, razón por la cual, por elemental sustracción de materia, bien poco tiene que decir la Corte a efectos de inadmitir la posición interesada de parte que se consigna en el cargo.

Huelga anotar que no puede representar adecuada sustentación aquella que, como sucede con lo examinado por la Sala, parte de auténticas peticiones de principio –yerro lógico que consiste en dar por demostrado lo que precisamente debe probarse-, en cuanto, se citan normas generales que gobiernan el examen probatorio o los mínimos reclamados para condenar, pero nunca se especifica por qué se concluye que ellos no fueron respetados por el fallador.

Cuando es claro que los sentenciadores asumieron una concreta valoración de los medios de prueba, explicando la credibilidad y efecto que ellos comportan, lo menos que puede pedirse del demandante en casación, cuando su intención evidente se soporta en controvertir dichas conclusiones, es que aborde dicha valoración a efectos de encontrar en la misma errores de hecho, los cuales comportan un amplio espectro, desde el falso juicio de existencia, pasando por el falso juicio de identidad, hasta culminar en el falso raciocinio.

Cada uno de esos yerros apareja una naturaleza y efecto diferente, lo que obliga a encauzar la discusión conforme sus especificidades.

Empero, ni por asomo puede entenderse que lo alegado por el demandante puede configurar, así fuese de soslayo y en lo material, alguna de las causales en cita, en tanto,

se repite, su muy precario discurso fue dirigido a entronizar, sin mayor fundamentación, la que dijo ausencia de prueba para condenar.

Ahora bien, dentro del lugar común que constituye la abigarrada alegación del recurrente, dijo este, sin efectuar algún tipo de análisis fáctico, jurídico o probatorio, que la acción penal pudo estar prescrita desde la instrucción, dado que el delito por el cual se acusó a su representado judicial apenas comporta pena de 3 a 5 años de prisión y ese lapso fue superado ampliamente si se toman como extremos la fecha de los hechos y la de ejecutoria de la acusación.

Sin embargo, pasó por alto el demandante que la Fiscalía en la resolución de acusación atribuyó al procesado el concurso homogéneo sucesivo de delitos de actos sexuales abusivos, dispuesto en el artículo 209 del C.P., con sanción, para la época de los hechos, de 3 a 5 años de prisión, pero agregó la causal de agravación contemplada en el numeral 4° del artículo 211 ibídem, que incrementa ese monto de 48 a 90 meses.

Entonces, aún si se dijera que los hechos ocurrieron en el año 2004, como postula el recurrente -aunque lo narrado por las menores advierte que ello sucedió en los primeros meses de 2005-, es lo cierto que para el momento de ejecutoriarse la resolución de acusación, el 28 de noviembre de 2011, no habían discurrido los 90 meses que como pena máxima se instituyen para el delito objeto de acusación.

Acorde con lo anotado, dadas las insuperables falencias que contiene la demanda presentada por el recurrente, se inadmitirá la misma.

#### Casación oficiosa

Hasta el proferimiento del auto del 12 de septiembre de 2007 (Radicación 29.967), venía considerando la jurisprudencia mayoritaria de la Sala que cuando se inadmite la demanda



de casación pero se advierte la vulneración de una garantía fundamental que imponga su ineludible corrección, la Corte, previamente a pronunciarse al respecto, debía disponer correr traslado al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

Dicha postura fue recogida en el auto en comento, en el cual se consideró:

“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 este orden de ideas, la Sala procederá a pronunciarse en este caso sobre la afectación de los derechos fundamentales, lo cual se advierte en la calificación de la conducta punible y la consiguiente determinación final de las penas principal de prisión y accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas.

En efecto, tiénese que al momento de la calificación del mérito sumarial, el 19 de abril de 2011, la Fiscalía instructora acusó al procesado JOSÉ LEONEL LLANOS PARADA, por su presunta participación en el concurso homogéneo de delitos de actos sexuales con menor de catorce años, tipificado en el artículo 209 del Código Penal, agravado en los términos del numeral 4° del artículo 211 ibídem, por tratarse las víctimas de personas menores de doce años.

A su turno, el juzgado de conocimiento al emitir la condena, el 28 de mayo de 2014, avaló dicha adecuación típica, razón por la cual partió, para imponer la sanción al acusado, de un tope mínimo de 4 años de prisión.

Ello fue confirmado sin modificaciones por el sentenciador de segundo grado.

Lo dicho quiere significar que tanto el Fiscal instructor como los juzgadores tomaron en consideración una circunstancia específica de agravación punitiva cuya aplicación, en este caso, no resultaba procedente por transgredir el principio de non bis in idem.

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

La modificación 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 ya se pronunció la Sala en decisiones del 3 de diciembre de 2009 (Radicado 32,972) y 28 de abril de 2010 (Radicados 32.178 y 32.782), de la siguiente manera:

“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 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, inadvirtió que antes que hacer más gravosa la conducta para quienes abusaran o accedieran a menores de 14 años, infringía directamente la Constitución Política al sancionar doblemente una misma situación

fáctica.

Siendo ello así, desde la expedición de la Ley 1236 de 2008, no era posible imputar esta circunstancia de agravación específica para las conductas regladas en los artículos 208 y 209, sin afectar seriamente el postulado constitucional de non bis in idem.

Justamente, a esta conclusión llegó la Corte Constitucional cuando el 4 de agosto de 2009, en sentencia C-521/09 ejerció el control abstracto de constitucionalidad sobre el artículo 7º de la ley 1236 de 2008 y lo declaró condicionalmente exequible en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000.

Por ser pertinente, se transcriben en extenso sus consideraciones:

‘Al prohibir que una misma circunstancia se convierta en elemento constitutivo del tipo penal y en causa de agravación del mismo, el principio non bis in ídem persigue evitar que las causales de agravación se impongan de modo arbitrario e injustificado a quienes sean responsables de un delito. Los elementos constitutivos de una infracción penal fundamentan la responsabilidad penal. Las circunstancias de agravación, en cambio, modifican la responsabilidad penal. Por eso mismo las circunstancias de agravación se justifican en la ley penal, cuando el ilícito es cometido en determinadas circunstancias que se estiman más reprochables porque, por ejemplo, suponen un mayor peligro o lesión para el bien jurídico. De manera que no es justificable una agravación punitiva necesariamente imponible al autor del delito, pues eso supone que en realidad no se aumenta la pena de aquel que cometa el comportamiento punible en ciertas circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren una mayor lesividad del bien, sino que en todos los casos se impondría la modificación de la sanción penal imponible.

(...)

5.3. Ahora bien, el caso decidido en la sentencia precitada se diferencia del actual en un punto cardinal y evidente. Mientras en aquél un agente podía cometer un delito de homicidio o de lesiones imprudentes, y no ver agravada la pena imponible; en éste, en cambio, una persona que cometa los delitos de acceso carnal o acto sexual abusivo en menor de catorce años, no podría evitar la agravación, pues inexorablemente está llamada a aplicarse y, por tanto, a agravar la pena imponible, sin justificación aparente.

En este punto es posible concluir que el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho, se desconoce al consagrar una causal de agravación basada en una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento del tipo. Con todo, aún en caso de que se infrinja una prohibición de esta naturaleza, debe verificarse el cumplimiento de otros dos requisitos.

En primer lugar, que la causal de agravación aparezca injustificada, pues de otro modo el legislador actúa en ejercicio de su potestad de libre configuración normativa. Así lo expresó la Corte en la Sentencia C-038 de 1998 en la cual estudiaba la validez de una causal de agravación punitiva por la posición distinguida que el delincuente ocupara en la sociedad por su riqueza, ilustración, poder, cargo, oficio o ministerio. En segundo lugar, es necesario verificar en esta hipótesis, si se cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para identificar la violación del principio non bis in ídem en más de un proceso jurisdiccional. Estas reglas fueron expuestas por la Corporación en la Sentencia C-1265 de 2005, en la cual al estudiar si resultaba ajustada a la Carta una norma que facultaba a la Comisión Nacional del Servicio Civil para imponer sanciones disciplinarias a los servidores públicos de entidades territoriales y nacionales, pese a que los referidos servidores públicos ya podían ser investigados y sancionados disciplinariamente por otra autoridad –la Procuraduría General- y por los mismos hechos, señaló el principio non bis in ídem no se violaba, siempre: “(i) que la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) que las investigaciones y las

sanciones tengan distintos fundamentos normativos; (iii) que los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; (iv) que el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto, sujetos, acciones, fundamento normativo, alcance y finalidad” Al emplear esas reglas para verificar si se viola el derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo hecho dentro de un proceso jurisdiccional, se tiene que una circunstancia no puede ser doblemente valorada, primero como elemento constitutivo del tipo penal y luego como causal de agravación punitiva, si: (i) el comportamiento agravado ofende el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) la investigación y la sanción a imponer se fundamentan en idénticos ordenamientos punitivos; y (iii) la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico.

Hechas las anteriores precisiones, la Corte procede a verificar si la norma demandada viola el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

‘Inconstitucionalidad del artículo 211, numeral 4°, del Código Penal, por agravar la pena imponible a un hecho punible, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal

(...)

Tal como lo señala el demandante, en el caso del artículo 211, numeral 4°, el legislador consagró como causal de agravación punitiva –que la conducta recaiga sobre persona menor de catorce (14) años – una circunstancia que ya había sido tomada en cuenta como elemento constitutivo de los tipos penales contemplados en los artículos 208 y 209 del Código Penal. De conformidad con las reglas señaladas en la sección 5 de esta sentencia, la norma infringiría el principio non bis in ídem, al desconocer la prohibición enunciada en el punto 5.2.4., al establecer simultáneamente como elemento del tipo y como elemento para agravar la pena de los tipos básicos, la misma circunstancia de

hecho: que la víctima sea una persona menor de 14 años, sin que exista una justificación para ello.

La norma cuestionada sería inconstitucional porque (i) el comportamiento agravado ofende el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) la investigación y la sanción a imponer se fundamentan en idénticos ordenamientos punitivos; y (iii) la causal de agravación persigue finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico.

En efecto, en primer lugar, tanto el comportamiento agravado como los hechos punibles de acceso carnal abusivo (art. 208, Código Penal) y acto sexual abusivo en menor de catorce años (art. 209, Código Penal), tendrían la virtualidad de ofender un mismo bien jurídico: la libertad e integridad en la formación sexual de personas menores de catorce años. En segundo lugar, tanto las normas penales que consagran los delitos básicos y les fija una pena, como la causal de agravación tienen su origen en el ordenamiento penal colombiano, luego ambas comparten el mismo fundamento normativo. Y, finalmente, porque la norma que contempla la causal de agravación persigue la misma finalidad que las normas que consagran los tipos penales de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo en menor de catorce años, es decir, reprochar penalmente los contactos o las relaciones sexuales que una persona pudiera tener con personas menores de catorce años.

Adicionalmente, tal como se señaló en el capítulo 5 de esta sentencia, las causales de agravación punitiva deben partir de la base de que hay razones para modificar la responsabilidad, o de lo contrario están injustificadas, y en este caso la agravación no se produce en virtud de la realización del comportamiento típico en determinadas circunstancias de tiempo, modo y lugar que la hagan más reprochable o muestren su mayor lesividad, sino que simplemente se agrava de manera automática por el hecho de recaer sobre persona menor de 14 años y, por eso mismo, injustificadamente. No ocurre

lo mismo al aplicar esta causal frente a los otros tipos penales previstos en los artículos 205, 206, 207, 210 y 210 A del Código Penal, donde a la circunstancia de haber realizado el acceso carnal o el acto sexual realizado con violencia, o en persona puesta en incapacidad de resistir, o con persona incapaz de resistir, muestra una mayor lesividad que justifica su agravación cuando la víctima es una persona menor de 14 años.

En consecuencia, aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 4°, a quienes cometan los delitos consagrados en los artículos 208 - Acceso carnal abusivo con menor de catorce años- y 209 -Actos sexuales con menor de catorce años- viola el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (art. 29, C.P.), y por ese motivo, en esas circunstancias, es inconstitucional. No obstante, como quiera que la causal de agravación es aplicable también a otros artículos del Código Penal que no fueron demandados en el presente proceso, es necesario determinar si debe ser declarada inexecutable o si, por el contrario, procede declarar su 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 perpetraran 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'. (Subrayado fuera de texto).

Ahora, como en el caso concreto, el agravante fue válidamente imputado en la acusación, e incluso correctamente deducido en el fallo de primer grado, pues a esa fecha no estaba vigente la Ley 1236 de 2008 sino la Ley 599 de 2000, ha de tenerse en cuenta que ante la sucesión de leyes en el tiempo, una de ellas con efectos más favorables para el procesado en términos punitivos, se imponía para el Ad quem la aplicación media del artículo 7° de la Ley 1236, a efecto de inaplicarla por violación del principio de prohibición de doble incriminación.

Sin embargo, el Juez Colegiado con violación del principio non bis in idem prefirió sostener la imputación de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 4° del artículo 211 del Estatuto Penal con la reciente modificación de la Ley 1236, por considerar que el ánimo del legislador estuvo orientado a aumentar la edad de protección y las penas en relación con estos delitos y en ese orden, ante el error de técnica legislativa advertido -concordancia entre uno de los ingredientes del tipo y la circunstancia-, inexplicablemente se abrogó (sic) la función de legislar, entendiendo que este agravante está vigente cuando las conductas previstas en los artículos 208 y 209 de la

Ley 599 de 2000 se realicen sobre persona menor de 13 años.

Ciertamente, como lo puso en evidencia la Magistrada Ponente que salvó el voto a la sentencia de segunda instancia, el razonamiento del Tribunal vulneró el aludido postulado”.

Así las cosas, en este evento está acreditada la violación de la prohibición de doble incriminación por una misma conducta, como quiera que la Fiscalía y las instancias aplicaron de forma incorrecta una circunstancia de agravación punitiva que para el momento de la acusación había sido modificada por la Ley 1326 de 2008, pero más importante aún, no cabía hacer valer, en virtud de lo especificado por la Corte Constitucional en 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 idem, y daría lugar a imponer una pena superior a la que en derecho hoy en día corresponde”<sup>1</sup>.

Es necesario resaltar, para la decisión que cabe tomar, cómo la acusación no puede estimarse hecho consolidado, cuando menos no respecto de la calificación jurídica atribuida a las conductas punibles, pues, se reitera, al momento de expedirse la misma por el Fiscal, ya había sido modificada la norma y, además, estaba vigente la sentencia de la Corte Constitucional que impedía incluir la agravante del numeral 4° del artículo 211 del C.P., en tratándose del tipo básico dispuesto en el artículo 209 ibídem.

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 oficiosamente la acusación en el aspecto que viene de ser reseñado.

Ahora, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, sin las modificaciones introducidas por las Leyes 890 de 2004 y 1236 de 2008, tal como se asumió por las instancias, la pena para cada uno de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años por los cuales se vinculó al procesado, oscila entre 3 y 5 años.

Ello significa que para el momento en el que se calificó el mérito del sumario, ya la acción se hallaba prescrita y así debió haber sido declarado por el funcionario instructor.

En efecto, aunque no se tiene fecha cierta de las ocasiones en las que se ejecutaron los varios actos libidinosos atribuidos a JOSÉ LEONEL LLANOS PARADA, cuando menos puede afirmarse sin ninguna duda que ello ocurrió con antelación al 20 de junio de 2005, día en el cual radicó la correspondiente denuncia ante la Fiscalía, el Defensor de Familia del Centro Zonal Baranoa del ICBF.

Si ello es así y se tiene claro que la ejecutoria de la resolución de acusación operó el 28 de noviembre de 2011, cuando se expidió la decisión de segunda instancia que confirmó lo decidido por el A quo, no cabe duda que discurrió un lapso de 6 años y 5 meses, desde luego superior al máximo de 5 años establecido para el delito de actos sexuales con menor de 14 años por el artículo 209 del C.P.

El inciso primero del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, delimita que la acción penal prescribe en término igual al del máximo de la pena fijada en la ley, pero en ningún caso será inferior a 5 años.

No es posible, cabe aclarar, acudir al inciso tercero de la norma en cita, adicionado por el artículo 1º la Ley 1154 de 2007 –que incrementa el término de prescripción a 20 años cuando se trata de delitos sexuales cometidos contra menores de edad-, habida cuenta que no se hallaba vigente para el momento de los hechos.

En consecuencia, evidente que para el momento de calificarse el mérito del

sumario –incluso cuando se expidió la resolución de acusación en primera instancia–, ya se hallaban prescritas las conductas objeto de llamamiento a juicio, no cabe más a la Corte que declararlo, disponiendo la consecuente preclusión de la instrucción a favor de LLANOS PARADA.

No se hace necesario hacer pronunciamiento en torno de la libertad del procesado u otras medidas restrictivas de carácter personal o real, pues, al momento de resolverse sobre su situación jurídica, el instructor se abstuvo de imponerlas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

#### R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JOSÉ LEONEL LLANOS PARADA, conforme con las motivaciones plasmadas en el cuerpo del presente proveído.
2. CASAR DE OFICIO la sentencia impugnada, en el sentido de señalar que el delito de actos sexuales con menor de 14 años, por el cual fue acusado el procesado, en concurso homogéneo sucesivo, no comporta la causal de agravación dispuesta en el numeral 4° del artículo 211 del C.P.
3. Declarar PRESCRITA, en la fase investigativa, la acción penal seguida en contra de JOSÉ LEONEL LLANOS. En consecuencia, se decreta la PRECLUSIÓN de la instrucción a su favor.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Radicado 32.178 ya citado.