

Myriam Ávila Roldán

SP323-2023

Radicado n.º 52513

CUI: 11001020400020180070100

Aprobado acta n.º 151

Bogotá, D.C., nueve (09) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala procede a emitir sentencia dentro del trámite de revisión propuesto por el apoderado judicial de Juan Carlos Apolinar Ciales contra la providencia proferida el 23 de junio de 2011, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el fallo emitido el 16 de septiembre de 2010 por el Juzgado 22 Penal del Circuito de esa ciudad, por medio del cual condenó a Apolinar Ciales por los delitos de acceso carnal violento, acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, en circunstancia de agravación.

II. HECHOS

1.- Fueron consignados en la sentencia de segunda instancia emitida el 23 de junio de 2011 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá así:

[...] En el curso del año 2005 y por lo menos hasta el mes de diciembre de 2008, JUAN CARLOS APOLINAR CRIALES en pluralidad de ocasiones, sometió a prácticas sexuales

incluyendo acceso carnal, a su hija [LYAH], cuando [ésta] apenas contaba entre los 10 y 14 años de edad; pues ocasiones en que en vacaciones escolares la menor iba a visitarlo a Puerto Salgar Cundinamarca, su lugar de trabajo, aprovechando la soledad o las ocupaciones de terceros, pidiéndole que le guardara el secreto y que solo se trataba de amor que el padre tenía hacia su hija, inicia a besarla y tocarle todo su cuerpo, cada vez con mayor intensidad, para el mes diciembre de 2005, continuando luego en la ejecución de tocamientos corporales, lascivos, hasta en el mes de diciembre de 2008, cuando con ocasión de chequeos médicos a otros de sus hijos, JUAN CARLOS, visita la ciudad de Bogotá, acompañándose además de su hija LY, buscando la ocasión para en la residencia de la menor, a solas accederla carnalmente, esta vez en contra de la voluntad de la menor y pese a su oposición. Situación que la joven soporta, hasta el mes de abril de 2009, cuando todo se lo confía a VA, amiga y compañera del colegio, quien le ofrece ayuda con sus familiares y la alienta para que denuncie, lo que ocurre el 22 de abril de 2009, con la participación activa del agente del ministerio público¹.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

2.- El 8 de octubre de 2009 ante el Juzgado 61 Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, la fiscalía formuló imputación contra Juan Carlos Apolinar Criales por los delitos de acto sexual abusivo con menor de 14 años, acceso carnal abusivo con menor de 14 años, acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir agravado e incesto. Asimismo, le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento de reclusión.

3.- La fiscalía presentó escrito de acusación contra Juan Carlos Apolinar Criales por la comisión de los delitos de acceso carnal violento en concurso con acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, todos en circunstancias de agravación [numerales 2º, 4º y 5º del Código Penal, modificados por la Leyes 1236 de 2008 y 1257 de 2008]. Las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y de juicio

oral se adelantaron ante el Juzgado 22 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, despacho que, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2010, resolvió, entre otros:

[...] Declarar penalmente a JUAN CARLOS APOLINAR CRIALES [...] autor responsable a título de dolo de las conductas punibles de [ACCESO] CARNAL VIOLENTO, en concurso con ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS Y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO (ARTÍCULOS 205 MODIFICADO POR LA LEY 1236 DE 2008, 208 MODIFICADO POR LA LEY 890 DE 2004 Y 209 MODIFICADO POR LA LEY 1236 DE 2008 Y 211 NUMERAL 2º y 5º CODIGO PENAL).

SEGUNDO: Condenar a JUAN CARLOS APOLINAR CRIALES, a la pena principal de VEINTIOCHO (28) AÑOS DE PRISION y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 10 años².

4.- Contra esa determinación la defensa y el sentenciado presentaron recurso de apelación y el 23 de junio de 2011 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá dispuso:

[...] MODIFICAR los numerales 1º y 2º de la sentencia de primera instancia, en el sentido de excluir de la declaración de responsabilidad penal un delito de acceso carnal abusivo que no fue objeto de acusación fáctica³, y en consecuencia, REDUCIR la pena principal que le fue impuesta, de 28 a 26 años de prisión.

2º CONFIRMAR en lo restante el fallo impugnado⁴.

5.- La decisión de segunda instancia fue recurrida en casación y mediante auto CSJ AP, 21 sep. 2011, rad. 372665, la Corte inadmitió la demanda.

IV. LA DEMANDA

6.- El apoderado de Juan Carlos Apolinar Criales invocó la causal 7ª 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.

7.- Indicó que mediante sentencia C-521 de 4 de agosto de 2009, la Corte Constitucional precisó que tratándose de las conductas punibles previstas en los artículos 208 y 209 del Código Penal, no es posible agravar la pena conforme con lo previsto en el numeral 4º del artículo 211 ibídem, pues la edad se establece simultáneamente como elemento del tipo y como criterio para agravar las conductas básicas, aspecto que resulta inconstitucional.

8.- Señaló que la agravante prevista en el numeral 4º de la renombrada normatividad no se podía aplicar al caso del sentenciado ya que para el año 2008 la víctima tenía más de 12 años y antes de la modificación efectuada por la Ley 1236 de esa anualidad, el aumento era predicable de la conducta que se realizara sobre persona menor de 12 años, por lo que solicitó, de manera subsidiaria, redosificar la pena por ese aspecto.

9.- Aseguró que, Juan Carlos Apolinar Criales fue condenado con la agravante contenida en el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal, la cual según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, reúne todas las circunstancias que permitieron agravar la sanción al procesado, pues en tal supuesto normativo se incluyen la relación de parentesco, el grado de confianza entre agresor y victimario y la conformación de una unidad doméstica entre éstos, motivo por el que no era posible endilgar a su vez la circunstancia indicada en el numeral 2º de la misma norma, ya que la posición de autoridad que llevó a la víctima a confiar en su agresor, se sustentó en el hecho de que aquél era su padre

10.- Coligió que la pena que está purgando Juan Carlos Apolinar Criales no corresponde a la nueva interpretación constitucional y jurisprudencial, razón por la cual se hace necesario redosificarla.

11.- Mediante auto del 17 de julio de 2019⁶ fue admitida la demanda y se requirió al Juzgado 22 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, para el envío del proceso n.º 110016000019200980321, adelantado contra el procesado. La actuación fue allegada el 23 de agosto de ese año⁷.

12.- Luego, en proveído del 19 de marzo de 2021, la Corte consideró innecesario decretar el periodo probatorio y ordenó correr traslado para que las partes presenten sus alegaciones.

VI. ALEGATOS DE LOS INTERVINIENTES

6.1.- El defensor del actor

13.- El apoderado Juan Carlos Apolinar Ciales solicitó declarar fundada la causal séptima de revisión, y, en consecuencia, redosificar la pena impuesta a su representado, con argumentos que reiteran lo contemplado en la demanda de revisión.

6.2.- El Ministerio Público y la Fiscalía

14.- El Procurador 2º Delegado para la Casación Penal y la Fiscal 227 Seccional de la Unidad de Delitos Sexuales de Bogotá, coinciden al indicar que, si bien, existe un cambio jurisprudencial que contempla que la agravante prevista en el numeral 4º del artículo 211 del Código Penal no resulta aplicable a las conductas delictivas descritas en los artículos 208 y 209 de esa normatividad [acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años], lo cierto es que el procesado no fue sentenciado con fundamento en lo establecido en dicha agravante, razón por la que considera que no es procedente redosificar la pena por ese aspecto.

15.- Aseguraron que, en lo concerniente a la concurrencia de las causales de agravación previstas en los numerales 2º y 5º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, la jurisprudencia

de la Corte fijó una interpretación según la cual, no es posible condenar de manera simultánea con fundamento en tales causales, ello comporta una vulneración al principio del non bis in ídem, por lo que se debe optar por aplicar la hipótesis normativa contenida en la segunda disposición. Por tanto, consideran que se debe declarar fundada la causal invocada y proceder a redosificar la pena.

6.3.- La víctima

16.- Afirmó que el procesado abusó de su posición de autoridad para cometer los delitos por lo que fue condenado y aunque en las instancias se ordenó el pago de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, aquél «se insolventó pasando todos sus bienes a terceras personas»⁸.

VII. CONSIDERACIONES

7.1.- Competencia

17.- La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la presente demanda de revisión, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 906 de 20049, por estar dirigida contra un fallo condenatorio dictado en segunda instancia por un Tribunal Superior de Distrito.

7.2.- Problemas jurídicos a resolver y estructura de la decisión.

18.- Corresponde a la Sala definir si es procedente declarar fundada la causal de revisión invocada por el defensor de Juan Carlos Apolinar Criales y, como consecuencia de ello, redosificar la pena impuesta en su contra.

19.- Para resolver la Corte se referirá a los siguientes temas: (i) la acción de revisión y la causal invocada (ii) las normas aplicables al presente asunto; (iii) los cambios

jurisprudenciales invocados por la parte demandante y su aplicación al caso concreto y; (iv) las conclusiones.

20.- En un sistema procesal regido por el postulado de seguridad jurídica, siempre que una sentencia judicial de carácter penal alcanza firmeza, queda, por este hecho, investida de la doble presunción de cosa juzgada y legalidad y, por lo tanto, en principio, es inmutable. Este instituto adjetivo excepcional permite, a través de un proceso autónomo, levantar los efectos de la res iudicata de aquel fallo que, por no satisfacer los estándares propios del valor justicia, contraviene la Constitución y la ley, para que se profiera una decisión que sí se acerque a la realidad.

21.- Esta Corporación ha establecido que, en aquellos eventos en los que se invoca la causal contenida en el numeral 7º del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, esto es, «cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad», corresponde al actor acreditar los siguientes presupuestos [ver CSJ AP1256-2023, 3 may. 2023, rad. 62773]:

[...] i) La identificación de una variación o del entendimiento diverso de un criterio jurídico en las interpretaciones efectuadas por la Corte en sus pronunciamientos judiciales (CSJ AP, 5 de dic 2002, rad. 18572).

ii) La identidad entre los fundamentos contenidos en el fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial (CSJ SP, 11 de feb 2015, rad. 43309).

iii) La falta de aplicación del criterio jurídico por virtud del desconocimiento de su existencia o la emisión de la sentencia atacada con anterioridad a su formulación (CSJ SP, 20 de ago. 2014, rad. 43624).

iv) Finalmente, la irrogación de efectos favorables al accionante frente al juicio de

responsabilidad o con relación a la punibilidad¹⁰.

22.- Entonces, es deber del accionante demostrar la variación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y explicar de qué manera tiene incidencia tal viraje frente a los argumentos de la sentencia cuya revisión persigue, cuando menos como posibilidad.

7.4.- La aplicación del agravante contenido en el numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, cuando el proceso se adelanta por los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales, ambos con menor de 14 años

23.- La Sala, de manera reiterada¹¹ ha sostenido que cuando la investigación se adelanta por delitos que exigen que el sujeto pasivo de la conducta punible cuente con menos de 14 años, la conducta no se puede agravar por lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 211 del Código Penal, modificado por el artículo 7º de la Ley 1236 de 2008, pues de hacerlo se estaría desconociendo el postulado del non bis in ídem, al sancionar al procesado más de una vez por la misma circunstancia fáctica.

24.- Ello, en virtud a que la Corte Constitucional, en sentencia CC C-521-2009 declaró la exequibilidad condicionada del numeral que contiene la agravante en razón de la edad y estimó que la modificación introducida por la Ley 1236 de 2008 debía ser inaplicada para los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del Código Penal, pues de lo contrario vulneraría las garantías fundamentales, en el entendido que:

[...] aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 4º, 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.

25.- De tal manera que, en aquellos casos en que se haya atribuido la causal de agravación, es necesario marginarla de la adecuación típica por aplicación del principio de favorabilidad y, desde luego, suprimir los efectos concretos que haya tenido en la punibilidad.

26.- En este caso, al realizar el ejercicio de confrontación entre el cambio jurisprudencial aludido y las razones expuestas en punto de la punibilidad en la sentencia condenatoria cuya revisión se pretende, surge desatinada la postulación de Juan Carlos Apolinar Criales, quien se limitó a mencionar los fallos de constitucionalidad y casación, sin reparar que la premisa jurídica allí expuesta no guarda ninguna relación e identidad con los presupuestos fácticos y normativos del trámite cumplido por los funcionarios de instancia, en especial, al momento en que se dosificó la pena.

27.- En efecto, aunque la fiscalía presentó escrito de acusación contra Apolinar Criales por los delitos de acceso carnal violento, acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, agravados conforme con lo señalado en los numerales 2, 4 y 5 del artículo 211 del Código Penal, la declaratoria de responsabilidad en su contra se dio por la comisión de dichos punibles con las circunstancias de agravación previstas en los

numerales 212 y 513 del artículo 211 de esa codificación.

28.- En otras palabras, la condena proferida por el Juzgado 22 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá, fue por el concurso de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual de L.Y.A.H., cuyas agravantes se formularon en consideración a que el entonces procesado era el padre de la víctima, mas no porque para la época de los hechos aquélla era menor de 14 años. Es por ello que en la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2010, la referida autoridad resolvió:

[...] Declarar penalmente a JUAN CARLOS APOLINAR CRIALES [...] autor responsable a título de dolo de las conductas punibles de [ACCESO] CARNAL VIOLENTO, en concurso con ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS Y ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS AGRAVADO (ARTÍCULOS 205 MODIFICADO POR LA LEY 1236 DE 2008, 208 MODIFICADO POR LA LEY 890 DE 2004 Y 209 MODIFICADO POR LA LEY 1236 DE 2008 Y 211 NUMERAL 2º y 5º CODIGO PENAL).

SEGUNDO: Condenar a JUAN CARLOS APOLINAR CRIALES, a la pena principal de VEINTIOCHO (28) AÑOS DE PRISION y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 10 años¹⁴. [Negritas fuera de texto original].

[...] en el sentido de excluir de la declaración de responsabilidad penal un delito de acceso carnal abusivo que no fue objeto de acusación fáctica, y en consecuencia, REDUCIR la pena principal que le fue impuesta, de 28 a 26 años de prisión.

2º CONFIRMAR en lo restante el fallo impugnado¹⁵.

30.- Es claro, entonces que, al momento de emitir la sentencia, Juan Carlos Apolinar Criales no se le atribuyó la causal 4ª del artículo 211¹⁶ del Código Penal, por tanto, esa circunstancia no tuvo incidencia en la tasación de la pena de prisión que le fue impuesta. En ese orden de ideas, no existe un cambio jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte

Suprema de Justicia que modifique de manera favorable los fundamentos de la pena impuesta en su contra, razón por lo que resulta impróspera la causal invocada por ese aspecto.

7.5.- La imposibilidad de aplicar simultáneamente las agravantes contenidas en los numerales 2º y 5º del artículo 211 del Código Penal, por tratarse del mismo supuesto de hecho

31.- Juan Carlos Apolinar Criales fue condenado por el delito de acceso carnal violento en concurso con los punibles de actos sexuales con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Además, la condena se impuso con las circunstancias de agravación punitiva previstas en los números 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal, las cuales operan cuando:

[...] 2. 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.

[...]

5. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre.

32.- Ello, en virtud a que Juan Carlos Apolinar Criales ejercía autoridad sobre la víctima dado que es su progenitor, lo cual permitió que la menor confiara en él [numeral 2º], al igual que entre ellos había una relación de parentesco de padre a hija [numeral 5º]. La condena simultánea por cuenta de la imposición de dichas agravantes, en los anotados

términos, resulta problemática, a la luz del principio del non bis in ídem. Al respecto, la Corte en la Sentencia CSJ SP3141-2020, del 19 agosto 2020, rad. 54108, reiterada en CSJ SP1139-2022, 6 abr. 2022, rad. 57100, indicó:

[...] Como se precisará, entre la menor ofendida y el acusado existía un grado de confianza, derivado de su parentesco y del hecho de compartir la misma vivienda en donde coincidían en todos los lugares de la casa, siendo estas razones las que permitieron el abuso sexual y acceso carnal reiterado.

En esas condiciones, el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal reúne todas las circunstancias que permitieron agravar la sanción al procesado, pues allí se incluye, se insiste, no solo la relación de parentesco – padrastro hijastra-, sino adicionalmente el grado de confianza entre agresor y victimario, incluso la conformación de una unidad doméstica que permitió llevar a cabo el abuso cuando estos se encontraban solos. // ... La segunda hipótesis contenida en el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, regula el vínculo de confianza de manera genérica, el cual está llamado a aplicarse sólo en los casos en los que dicho nexo provenga de situaciones diferentes a las indicadas en el numeral 5º, entre ellas el grado de parentesco entre el agresor y la víctima.”

[...]

Es claro, en consecuencia que, se incurrió en un error en la sentencia al mantener la doble imputación de una circunstancia agravante sobre un mismo supuesto de hecho, lo que corresponde efectivamente a una violación directa de la norma sustancial como consecuencia de falta de aplicación de los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 21 de la Ley 906 de 2004 en lo que se refiere a la prohibición de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, concretamente que de una misma circunstancia no se pueden derivar dos o más consecuencias punitivas, lo cual condujo a la aplicación indebida del numeral 2º del artículo 211 del Código Penal.

33.- Conforme con lo anterior, las agravantes contenidas en los numerales 2 y 5 del artículo 211 del Código Penal pueden eventualmente coincidir en la práctica. Esto ocurre si la posición del sujeto activo que ha generado la «confianza» de la víctima [agravante número 2] se deriva de la relación de parentesco con ella [agravante número 5]. En las circunstancias concretas, el papel del sujeto activo respecto del sujeto pasivo en virtud de su vínculo de consanguinidad o compartir el ámbito del hogar sería el único elemento relevante que agravaría el delito.

34.- Por lo tanto, en aquellos supuestos en los cuales la conducta punible contra la persona menor de 14 años se ejecuta por parte de alguien en quien aquella ha depositado su confianza, a causa de su parentesco o de que conviven en la misma unidad doméstica, solo procede la imputación de una agravante. Según la jurisprudencia, la causal de agravación contenida en el numeral 5º del artículo 211 recoge de manera integral los hechos y, por lo tanto, únicamente esta puede ser atribuida. Es decir que, la causal prevista en el numeral 2º de esa codificación queda restringida, a aquellos eventos donde se presentan vínculos de confianza genérica, no asociados a las citadas clases de relaciones.

35.- En el presente asunto, como se advirtió, la agresión contra la integridad y formación sexual de la niña fue posibilitada por la relación de confianza y cercanía que ella tenía hacia el atacante. Sin embargo, esa confianza se derivaba de que el acusado era su padre. En estas condiciones, conforme al precedente citado, solo resultaba procedente emitir condena con base en la agravante contenida en el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal.

36.- En consecuencia, la Sala concluye que, se aplicó en forma indebida el numeral 2º del artículo 211 del Código Penal y se desconoció lo señalado en los artículos 29 de la [Constitución Política](#) y 21 de la ley 906 de 2004, relativos a la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Con el fin de reestablecer la vigencia del citado principio constitucional, habrá de excluirse la agravante erróneamente utilizada y, proceder a verificar si es procedente o no la redosificación de la pena.

37.- El juez de primera instancia partió del mínimo de la pena prevista para el delito más grave [acceso carnal violento], debidamente agravado, consistente en 192 meses [16 años] de prisión. A este tiempo, dentro del primer cuarto, incrementó 24 meses [quedando en 216 meses], con los siguientes argumentos:

[...] Como se trata de conductas en concurso, damos aplicación a lo que prescribe el artículo 31 del Código Penal, siendo el acceso carnal violento agravado la conducta con mayor pena según su naturaleza, por tanto este es el delito base.

Teniendo en cuenta que concurre la circunstancia de menor punibilidad contemplada en el artículo 55 del Código Penal, ya que el acusado carece de antecedentes penales y no fue atribuida ninguna circunstancia de mayor punibilidad en términos del artículo 58 ibídem, por lo que la pena se ubica en el cuarto mínimo que oscila entre 16 años y 19 años y 6 meses de prisión.

Para la individualización concreta, se atenderán los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad a los que debe responder la imposición de la pena, sopesando la intensidad de la afectación del bien jurídico tutelado, las características de la conducta punible y circunstancias que rodean su ejecución como expresión de la personalidad del acusado.

El comportamiento desplegado por JUAN CARLOS APOLINAR CRIALES, resulta de extrema gravedad en la medida en que no solo se predetermina a ejecutar comportamientos que atentan contra la libertad, la integridad y formación sexuales de una menor indefensa que es su propia hija, durante un periodo entre cuando contaba con escasos 11 años hasta superados los 14 años, sino que le causó un daño irreparable por su misma condición de vulnerabilidad y que la afecta negativamente en su desarrollo como persona y mujer. Además, debe tenerse en cuenta la función de prevención y protección que la sanción debe cumplir en el caso concreto, respecto de una persona que como el acusado quiso satisfacer

a toda costa sus aberrantes y monstruosos deseos sexuales.

38.- En esa medida, para ajustar la sentencia procedería la redosificación de la pena retirando la agravante del numeral 2º; sin embargo, se debe señalar que el advertido yerro no afecta los extremos de la sanción legal prevista para los tipos penales de acceso carnal violento, actos sexuales con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, pues aún subsiste la circunstancia agravante descrita en el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal. Es decir, el ámbito de movilidad, aun quitando la agravante del numeral 2º de la citada norma, sigue siendo 192 meses en el mínimo y 360 meses en el máximo para el tipo base de acceso carnal violento agravado, tal y como lo dedujeron los jueces de instancia.

39.- Además el incremento a 216 meses dentro del primer cuarto, por cuyo medio el juez se apartó del mínimo de la sanción [192 meses] respecto del cual se estableció la pena del delito base [acceso carnal violento agravado], obedeció a la apreciación de las circunstancias previstas en el inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, esto es, la intensidad del dolo, la deliberación con la que el hecho fue cometido y el daño ocasionado a la víctima, sin que dicho incremento derivara de alguna de las dos agravantes atribuidas al procesado, como para que se imponga la reducción de la pena por haberse retirado una de ellas.

40.- Así las cosas, si bien se verificó un error en el fallo, su enmienda, sólo conllevará a declarar la no concurrencia de la mencionada agravante, sin efectos benéficos en la tasación de la pena.

7.6.- Conclusiones

41.- La Sala declarará infundada la causal 7ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, en lo que hace referencia al cambio jurisprudencial por vulneración del principio del non bis in ídem cuando se condena por los delitos acceso carnal abusivo con menor de 14 años y

actos sexuales con menor de 14 años, y a la vez se le impone la agravante prevista en el numeral 4º del artículo 211 del Código Penal [cuando se realizare sobre persona menor de 14 años]. Lo anterior, en virtud a que Juan Carlos Apolinar Criales no fue condenado con fundamento en ese agravante y, bajo ese entendido, no le asiste razón a la parte demandante cuando solicita la aplicación de ese precedente.

42.- De otro lado, se declarará fundada la referida causal tras constarse la existencia de precedentes jurisprudenciales donde la Sala de Casación Penal ha señalado que no es procedente la atribución simultánea de las causales de agravación contenidas en los numerales 2º y 5º en aquellos supuestos en los cuales la conducta punible se ejecuta por parte de alguien en quien aquella ha depositado su confianza, a causa de su parentesco o de que conviven en la misma unidad doméstica.

43.- En casos como el presente, la causal de agravación contenida en el numeral 5º ibídem recoge de manera integral los hechos y, por lo tanto, únicamente se puede atribuir esa y no la del numeral 2º. Luego de analizar las sentencias de instancia, se llegó a la conclusión de que no es procedente redosificar la pena en virtud a que se mantiene uno de los agravantes y el margen de movilidad del delito base se efectuó con fundamento en lo previsto en el literal 3º del artículo 61 del Código Penal y no en la concurrencia de las señaladas causales de agravación.

44.- En consecuencia, conforme con lo señalado en el artículo 198 de la Ley 906 de 2004, se rescindiré parcialmente el fallo de segunda instancia, para declarar que en el comportamiento del procesado sólo concurre la circunstancia de agravación específica prevista en el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal.

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

VIII. RESUELVE

Primero. Declarar infundada la causal 7ª de revisión del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, al no haber demostrado que Juan Carlos Apolinar Criales fue condenado con fundamento en la causal de agravación contenida en el numeral 4º del artículo 211 del Código Penal.

Segundo. Declarar fundada la causal 7ª ibídem invocada por la defensa de Apolinar Criales, ante la concurrencia en la condena de las causales de agravación previstas en los numerales 2º y 5º del Código Penal y la improcedencia de ello, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal.

Tercero. Rescindir parcialmente la sentencia del 23 de junio de 2011, dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, exclusivamente para declarar que en el comportamiento del procesado sólo concurre la circunstancia de agravación específica prevista en el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal. En todo lo demás, el fallo permanece vigente.

Cuarto. Devolver el expediente n.º 110016000019200980312, enviado a esta corporación en calidad de préstamo, al Juzgado 22 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá.

Quinto. Remitir copia de esta providencia con destino al Juzgado que vigila la condena, para que haga las anotaciones del caso.

Sexto. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Hugo Quintero Bernate

presidente

Myriam Ávila Roldán

Fernando Bolaños Palacios

Gerson Chaverra Castro

Diego Eugenio Corredor Beltrán

Luis Antonio Hernández Barbosa

Fabio Ospitia Garzón

Carlos Roberto Solórzano Garavito

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Cfr. Archivo digital: sentencia segunda instancia revisión 52513.pdf.

2 Cfr. Archivo digital: sentencia de primera revision 52513.pdf.

3 Pese a que el Tribunal da a entender que se excluyó el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, lo que sucedió fue que se eliminó fue una de las circunstancias fácticas tenidas en cuenta en la sentencia de primera instancia, debido a que la misma no fue objeto de acusación. Lo anterior quiere decir que la condena se mantuvo por el delito de acceso carnal abusivo por hechos acaecidos en diciembre de 2005. Al respecto el Tribunal indicó:

[...] los hechos endilgados al procesado consisten en las conductas de contenido erótico que ejerció sobre su hija –“incluyendo el acceso carnal”- por lo menos entre los años 2005 y 2008, que el fiscal dividió en tres bloques temáticos: las conductas lascivas consistentes en besos y caricias (actos sexuales abusivos), la intromisión corporal acaecida en diciembre de 2005 (acceso carnal abusivo) y la que tuvo lugar –mediante el uso de la fuerza- en diciembre de 2008 (acceso carnal violento).

Durante el juicio, la niña expuso las circunstancias en que tales acontecimientos habían sucedido, pero además agregó que en otra ocasión, tal vez “la noche de las velitas” –sin que pudiera recordar en que año- en cada de Fernando Apolinar –su

tío- ubicada en Bogotá, su padre empezó a besarla e incluso introdujo los dedos en su zona genital. [...]

Entonces, como estos hechos no hicieron parte de la imputación fáctica formulada en la acusación, de ninguna forma podían reflejarse en la condena que se le impuso a Apolinar Criales, tal como lo establece el artículo 448 del C.P.P. y como ha sido expuesto por la Sala de Casación penal de la Corte en carios pronunciamientos.

4 Cfr. Archivo digital: sentencia segunda instancia revisión 52513.pdf.

5 Cfr. Folios 5 a 21 – cuaderno de la Corte allegado en calidad de préstamo.

6 Cfr. Folios 59 y 60 – cuaderno n.º 1.

7 Cfr. Folios 72 – ibídem

9 ARTÍCULO 32. DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 2098 de 2021. La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce:

[...]

2. De la acción de revisión cuando la sentencia o la preclusión ejecutoriadas hayan sido proferidas en única o segunda instancia por esta corporación o por los tribunales.

10 CSJ AP, 2 oct. 2019, rad. 53298; CSJ AP, 20 feb. 2020, rad. 52868, CSJ AP1866-2022, 11 may. 2022, rad. 59231, entre otras.

11 CSJ AP, 28 ab.2010, rad. 32178, CSJ SP33535-2016 y CSJ SP4393-2018

12 La cual hace referencia a que «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».

13 La cual se configura cuando la «conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre».

14 Cfr. Archivo digital: sentencia de primera revision 52513.pdf.

15 Cfr. Archivo digital: sentencia segunda instancia revisión 52513.pdf.

16 Modificado por el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008.