



Proceso n.º 33928

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 137.

Bogotá, D.C., cinco de mayo de dos mil diez.

V I S T O S

Se pronuncia la Sala sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor del procesado JORGE ENRIQUE LÓPEZ BELTRÁN, contra el fallo de segunda instancia que profiriera el Tribunal Superior de Bogotá, fechado el 30 de octubre de 2009, mediante el cual confirmó en su integridad la sentencia emitida por el Juzgado 54 Penal del Circuito de esta ciudad, condenando a su representado legal a la pena de 72 meses de prisión, en calidad de autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado. Además, se impuso la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por un lapso igual al de la sanción afflictiva de la libertad, se dispuso el pago, a título de perjuicios morales, de 15 salarios



mínimos legales mensuales, y se negaron al procesado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

HECHOS

Fueron narrados en la sentencia de segundo grado, del siguiente tenor:

“Según la Fiscalía, a mediados del año 2003 el señor JORGE ENRIQUE LÓPEZ BELTRÁN realizó, en cinco oportunidades, actos de carácter erótico en contra de la niña KJAA, quien para ese entonces contaba con 10 años de edad, consistentes en besos y tocamientos en la zona genital de la menor con las manos y el pene. Esto habría ocurrido en un espacio usado por LÓPEZ BELTRÁN para ordeñar vacas y comercializar leche, ubicado en la carrera 89 A con calle 31, al occidente de la ciudad; lugar en el que esta persona habría aprovechado que la menor se acercaba casi diariamente, sola y por encargo de su madre, a comprar ese producto”.

DECURSO PROCESAL

Conforme lo denunciado por la menor, el 23 de marzo de 2004, Se dispuso la apertura de investigación previa, por parte de la Fiscalía.

Luego de recabar algunos elementos de juicio, el 30 de agosto de 2004, fue abierta formalmente la instrucción en contra de JORGE ENRIQUE LÓPEZ BELTRÁN, disponiéndose escucharlo en injurada, diligencia que se desarrolló el 22 de febrero de 2005.



El 23 de febrero de 2005, fue resuelta la situación jurídica del procesado, en contra de quien se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario, por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado.

El 11 de mayo de 2005, fue cerrada la instrucción. En el ínterin, el 13 de junio de 2005, se sustituyó la medida aflictiva de la libertad por detención domiciliaria.

El 24 de junio de 2005, fue calificado el mérito del sumario, profiriéndose resolución de acusación en contra de JORGE ENRIQUE LÓPEZ BELTRÁN, en calidad de autor del delito de actos sexuales con menor de catorce años, con la agravación específica consistente en que la víctima registra menos de 12 años.

Ejecutoriada la resolución de acusación, el asunto le fue repartido, para adelantar la etapa del juicio, al Juzgado 54 Penal del Circuito de Bogotá, oficina que abordó el conocimiento del asunto el 29 de julio de 2005.

El 19 de septiembre de 2005, tuvo lugar la audiencia preparatoria.



Los días 18 de octubre de 2005 y 5 de octubre de 2006, fue realizada la audiencia pública de juzgamiento.

El 23 de enero de 2006, el Tribunal, por vía de apelación de la decisión denegatoria de la libertad proferida por la primera instancia, dispuso revocarla y en su lugar otorgó al procesado el beneficio en cuestión.

El 30 de junio de 2009, se emitió la sentencia de primera instancia, que fue oportunamente apelada por la defensa del procesado.

Finalmente, el 30 de octubre de 2009, el Tribunal profirió el fallo de segundo grado, el cual, en cuanto confirmó íntegramente lo decidido por el A quo, fue objeto del extraordinario recurso de casación interpuesto por la defensa y sustentado en escrito que ahora se analiza en su corrección argumental y debida fundamentación.

LA DEMANDA

La casacionista formula dos cargos, todos principales, en contra del fallo de segunda instancia, así resumidos:

1. Cargo Primero



Acudiendo a la causal primera del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, la casacionista acusa al fallo de segundo grado de incurrir en un error de derecho por falso juicio de legalidad.

Para desarrollar el punto, la censora parte por recordar el contenido del artículo 29 de la Carta Política, atinente al debido proceso, advirtiendo que en el apartado final de la norma se establece la regla general de exclusión probatoria, la cual ha de aplicarse en el asunto examinado y respecto del dictamen proferido el 15 de febrero de 2006 por la psicóloga forense, así como su correspondiente ampliación.

En concreto, señala la casacionista que de ese peritaje se corrió traslado, por el juzgado de primer grado, el 3 de marzo de 2006. Empero, agrega, se hizo solicitud de aclaración el 9 de marzo de 2006, pero el fallador *“no dio trámite a la solicitud de aclaración del mencionado dictamen”*, pasando por alto lo ordenado por el numeral 2° del artículo 254 de la Ley 600 de 2000, sin que ello se subsanase con el auto expedido por el juzgado de primer grado el 27 de abril de 2006, advirtiendo que no se podía validar la omisión de la defensa en presentar el respectivo cuestionario para el perito.

Estima la impugnante, acorde con lo anotado, que se hacía necesario dejar de considerar la prueba en cuestión, dado que no cumplió los requisitos formales de producción *“...lo cual repercute*



que dentro del proceso al no obrar la prueba legal, regular y oportunamente allegada, no había como fundar un fallo de responsabilidad penal”.

En consecuencia, deprecia la recurrente se case la sentencia para proferir un fallo de reemplazo en el cual se absuelva al procesado de los cargos formulados en su contra por la Fiscalía.

2. Cargo segundo

También dentro de la égida de la causal primera, cuerpo segundo, del artículo 207 de la Ley 600 de 2000, pero ahora por la vía del **“error de derecho (sic) por falso juicio de existencia”**, la casacionista manifiesta que el tribunal *“dejó de apreciar el contenido del testimonio rendido por la presunta víctima...”*.

A renglón seguido, resume la impugnante lo que la menor afirmó en sus varias intervenciones testificales, creyendo encontrar contradicciones entre ellas, para de allí soportar la tesis de que la víctima mintió cuando dijo que el procesado la accedió carnalmente.

Se ocupa la casacionista, entonces, de establecer su particular percepción de la credibilidad atribuible a la menor, contraponiendo sus apreciaciones a la evaluación efectuada por



el Tribunal, que tilda de apresurada y basada en suposiciones, reiterando lo que constituyó argumento fundamental de la apelación instaurada en contra de la sentencia de primer grado.

Y concluye la recurrente, en su particular análisis probatorio: *“...una niña de diez años y quien ha manifestado haber sido objeto de actos libidinosos anteriores a los aquí denunciados, sin existir como ya quedado (sic) demostrado, esa posición dominante de poder o superioridad por parte del señor Jorge Lopez (sic) para con ella, si hubiera sido cierto que lo aquí denunciado ocurrió, como puede justificarse que haya ocurrido en más de una ocasión en días diferentes y siendo ella quien concurría a dicho lugar. Como es que ingresa a la habitación del denunciado cuando manifiesta que es el mismo López Beltrán quien le dice que ha abusado en situaciones anteriores.”.*

Afirma así la demandante que si el Tribunal hubiese valorado en forma ponderada, calmada y juiciosa las distintas declaraciones de la víctima, necesariamente habría absuelto al acusado, razón por la cual pide de la Corte hacer ese pronunciamiento.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En primer término debe hacerse hincapié en cómo la Corte, de manera pacífica y reiterada ha advertido la necesidad de que



la demanda de casación comporte un mínimo rigor lógico jurídico y argumental, pues, no se trata de hacer valer una especie de tercera instancia que sirva de escenario adecuado a la controversia ya superada por los falladores de primero y segundo grados, en la cual se pretende anteponer el particular criterio o 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 faculta, por ello, que la dicha presunción sea quebrada a través de criterios claros, lógicos, coherentes y fundados, derivados del compromiso de demostrar la violación en la cual incurrió el fallador, suficiente para echar abajo el contenido de verdad de la sentencia, en el entendido de que, de no haberse materializado el yerro, otra hubiese sido la decisión y precisamente así se ofrece trascendente recurrir al mecanismo extraordinario de impugnación.

Contrariando tan claros postulados, en la demanda que se examina, la recurrente busca dejar sin efectos dos de las pruebas de cargos, por la vía de los errores de derecho y de hecho, aunque la postulación opera completamente equívoca y con absoluto desconocimiento de los mínimos rigores lógicos que gobiernan cada una de las causales de casación reguladas en el artículo 207 de la Ley 600 de 2000, sin preocuparse por analizar a fondo las normas que regulan la validez de la prueba, o la trascendencia de



los yerros que dice ocurrieron, limitándose a realizar una crítica insustancial, ambigua y evidentemente insuficiente que ninguna posibilidad de prosperidad comporta, en tanto, representa apenas su postura en lo tocante con las pruebas y la norma penal que debió aplicarse, introduciendo en un mismo cargo varias formas de violación incompatibles, ninguna de ellas desarrollada.

Con criterio eminentemente pedagógico, para que la impugnante conozca en concreto cuál es la razón por la que su demanda ha de ser inadmitida, la Corte estima necesario traer a colación la ya pacífica y añeja jurisprudencia que puntualmente relaciona qué y cómo debe fundamentarse en casación.

Atinente, entonces, a la violación indirecta, esto se dijo¹

“2. En efecto, la violación indirecta de la ley sustancial, vía de ataque preferida por el libelista para censurar el fallo de segundo grado, está ligada a la materialización de vicios de naturaleza probatoria de dos clases distintas: de derecho y de hecho.

Los errores de derecho se subdividen en: falso juicio de legalidad y falso juicio de convicción vicios que son ontológicamente diferentes. El juicio de legalidad se relaciona con el proceso de formación de la prueba, con las normas que regulan la manera legítima de producir e incorporar la prueba al proceso, con el principio de legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y las formalidades exigidas para cada medio, de suerte que el dislate se cristaliza cuando el fallador valora o aprecia un medio de prueba que desconoce alguna de esas ritualidades, o porque califica de ilegal una que sí las satisface y por tanto es válida.

¹ Auto del 10 de octubre de 2007, radicado 22.597



El juicio de convicción consiste en una actividad de pensamiento a través de la cual se reconoce el valor que la ley asigna a determinadas pruebas, presupone la existencia de una "tarifa legal" en la cual por voluntad de la ley corresponde a las pruebas un valor demostrativo predeterminado o de persuasión único que no puede ser alterado por el intérprete; en consecuencia, se incurrirá en error por falso juicio de convicción cuando se niega a la prueba ese valor que la ley le atribuye, o se le hace corresponder uno distinto. Sin embargo, al desaparecer la tarifa probatoria en materia procesal penal, sustituida por el sistema de la sana crítica previsto en los artículos 238, 257, 277, 282 y 287 del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), en principio, no es posible para los jueces incurrir en errores de derecho por falso juicio de convicción, porque la legislación penal en materia de pruebas no somete, por regla general, su raciocinio a evaluaciones dependientes de una tarifa legal probatoria.

Los errores probatorios de hecho, a diferencia de los de derecho, obligan a quien los invoca a aceptar que la prueba respecto de la que los alega fue reconocida por el funcionario como legal, regular y oportunamente allegada al proceso, toda vez que lo discutido constituye vicios fácticos que se desarrollan en tres modalidades: falso juicio de existencia, falso juicio de identidad y falso raciocinio.

Incorre en falso juicio de existencia el fallador que omite apreciar el contenido de una prueba legalmente aportada al proceso (falso juicio de existencia por omisión), o cuando, por el contrario, hace precisiones fácticas a partir de un medio de convicción que no forma parte del proceso, o que no pertenecen a ninguno de los allegados (falso juicio de existencia por suposición).

El falso juicio de identidad se diferencia del anterior en que el juzgador sí tiene en cuenta el medio probatorio legal y oportunamente practicado, pero, al aprehender su contenido, le recorta o suprime aspectos fácticos trascendentes (falso juicio de identidad por cercenamiento), o le agrega circunstancias o aspectos igualmente relevantes que no corresponden a su texto (falso juicio de identidad por adición), o le cambia el significado a su expresión literal (falso juicio de identidad por distorsión o tergiversación).



La acreditación de un falso juicio de existencia o de un falso juicio de identidad, por tratarse de vicios objetivo contemplativos, es en extremo elemental. En el primer caso basta con identificar el contenido de la prueba omitida y el lugar en el que ésta se halla adosada a la actuación, o con señalar la precisión fáctica que corresponde a un medio de prueba extraño a la actuación o que no pertenece a alguno de los legalmente aportados; y en el segundo, es suficiente con la comparación de lo que de manera fidedigna revela la prueba, con la síntesis o aprehensión que su contenido hizo el funcionario, en aras de evidenciar el cercenamiento, la adición o la tergiversación de su texto.

Finalmente, el falso raciocinio difiere de los anteriores en que el medio de prueba existe legalmente y su tenor o expresión fáctica es aprehendida por el funcionario con total fidelidad, sin embargo, al valorarla, al sopesarla, le asigna un poder suasorio que contraviene los postulados de la sana crítica, es decir, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o sentido común, o las leyes de las ciencias, y en tales eventos el demandante corre con la carga de demostrar cuál postulado científico, o cuál principio de la lógica, o cuál máxima de la experiencia fue desconocido por el juez, e igualmente tiene el deber de indicar cuál era el aporte científico correcto, o cuál el raciocinio lógico, o cuál la deducción por experiencia que debió aplicarse para esclarecer el asunto.

No sobra destacar que, adicionalmente, como es sabido, bien se trate de errores de derecho o ya de hecho, tras demostrar objetivamente el dislate, es perentorio acreditar su trascendencia o, lo que es lo mismo, que de no haberse incurrido en él, la declaración de justicia hecha en sentencia habría sido distinta y favorable a la parte que alega el respectivo desaguisado.”

Acerca de la violación directa de la ley se expuso²:

“En general, y frente a la demanda que se examina, cuando el casacionista se basa en la causal 1a. de casación, cuerpo 1o., es decir, violación directa de la ley sustancial, fundamentalmente le corresponde:

² Auto del 30 de noviembre de 1999, radicado 14.535



2.1. *Afirmar y probar que el juzgador de 2a. instancia ha incurrido en error por falta de aplicación (exclusión evidente o infracción directa), por aplicación indebida (falso juicio de selección) o por interpretación errónea (sobre la existencia material, sobre la validez o sobre el sentido o alcance) de la ley sustancial.*

2.2. *Abstenerse de reprochar la prueba, es decir, le compete aceptar la apreciación que de ella ha hecho el fallador y conformarse de manera absoluta con la declaración de los hechos vertida por éste.*

2.3. *Realizar un estudio puramente jurídico de la sentencia.*

2.4. *Si como consecuencia de la errónea interpretación de la ley, ésta se deja de aplicar, o se aplica indebidamente, debe dirigir su acusación hacia una de estas dos hipótesis y no hacia la interpretación equivocada de la ley pues lo importante, en últimas, es la decisión tomada por el Juez: no aplicar la norma o aplicarla indebidamente.*

2.5. *Si predica aplicación indebida de una norma, tiene que precisar la norma inadecuadamente utilizada y aquella que en su lugar debe ser atribuida.*

2.6. *Respecto de una misma disposición legal no puede predicar simultáneamente falta de aplicación y aplicación indebida.*

2.7. *Indicar en forma clara y precisa los fundamentos de la causal.*

2.8. *Citar las normas que se estiman infringidas.*

2.9. *Si por esta vía el proponente reprocha al Juzgador el tratamiento impartido al principio de duda, tiene que demostrar que en la sentencia el fallador ha reconocido formalmente la presencia de la incertidumbre y que, sin embargo, ha condenado, con lo cual ha incurrido en falta de aplicación del artículo 445 del C. de. P. P.”*

Sirvan de base las citas jurisprudenciales transcritas, para resolver los dos puntos neurálgicos planteados por la casacionista,



que se abordarán individualmente, tal como fueron propuestos en la demanda.

1. Cargo primero

Bien poca virtualidad de prosperidad puede comportar la tesis de la recurrente encaminada a que se deje sin valor probatorio lo consignado por el perito forense en torno del estado mental de la víctima y, particularmente, de su capacidad para mentir.

La sola verificación de que en la práctica del dictamen se siguieron cabalmente los rigores diseñados por la normatividad para el efecto –arts. 249 y s.s. de la ley 600 de 2000-, tal como lo acepta en su escrito la demandante, advierte de la legalidad en la aducción del medio en cuestión.

En este sentido, la prueba fue decretada oportunamente por el funcionario judicial, la practicó un perito idóneo directamente encargado del asunto y se presentó contenida en el correspondiente documento, dándose el correspondiente traslado a las partes, quienes directamente se notificaron de ello.

Por manera que, dentro del error de derecho planteado por la impugnante, la Corte no observa ningún tipo de vicio de legalidad que afecte el medio suasorio en cuestión, el cual, huelga resaltar, fue legal, regular y oportunamente allegado.



Cosa distinta es que, dentro de lo estimado irregular por la impugnante, se hubiese negado la aclaración por ella deprecada, asunto que por sí mismo no afecta el medio, sino la posibilidad de contradicción o controversia.

Pero tampoco ello, en un plano material, ocurrió en el asunto examinado, en tanto, esa decisión de denegar la solicitud de aclaración presentada por la defensa no emergió inmotivada, sino producto de advertirse, como así se expuso ampliamente en el auto del 27 de abril de 2006, que bajo el manto de la supuesta aclaración buscaba la defensa plantear un nuevo interrogatorio al perito, ya extemporáneo.

No es cierto, como lo aduce la censora, que invariablemente, por el sólo hecho de solicitarse aclaración del dictamen, ello surja obligatorio.

Así como la práctica de determinado medio probatorio demanda de mínimos presupuestos de pertinencia y conducencia, so pena de su negativa, igual sucede con la ampliación o aclaración del dictamen pericial, pues, absurdo emerge sostener que sin ningún tipo de motivación o finalidad, una parte, por el sólo hecho de serlo, reclame un nuevo pronunciamiento del perito.



Desde luego que el funcionario judicial, como director del proceso, está en la obligación de verificar que lo solicitado se avenga con la ley y, además, respete esos presupuestos que facultan la práctica probatoria, entendido que quien solicita la ampliación, aclaración u objeción del peritaje, cuenta con la carga procesal de explicar adecuadamente el fundamento y finalidad de lo requerido.

Entonces, como el fallador verificó que la aclaración deprecada apenas constituyó el mecanismo expedito para ampliar el radio de acción del peritaje y, además, el escrito deprecatorio más que una solicitud de aclaración implicó una crítica pertinaz a las conclusiones del experto, decidió denegar lo pedido, sin que ahora, en el escrito que soporta la demanda de casación, la impugnante explique por qué erró el A quo en su apreciación, limitándose a señalar, como verdadera petición de principio, que la ley demanda dar trámite automático a lo solicitado.

Ahora, si se dijera que efectivamente era viable realizar la aclaración pedida por la defensa, omite sustentar la casacionista por qué esa aclaración habría incidido fundamentalmente en el medio de conocimiento, al punto de modificar las conclusiones del experto o, cuando menos, obligar una diferente óptica del examen, desde luego, favorable al procesado.



Aún más, si hipotéticamente se admitiese que las resultas del dictamen en cuestión varían a favor del acusado, ello no es suficiente para soportar el cargo, pues, asoma obligación inexcusable del recurrente abordar todo el conjunto probatorio para determinar la trascendencia del yerro en la decisión final. En otras palabras, la crítica asoma materialmente efectiva si se demuestra que con la nueva visión del medio de prueba científico, se alteran los efectos suasorios de lo recabado, hasta el punto de obligar modificar el fallo a favor del procesado.

Esa no fue una tarea que emprendiera la demandante, quien se limita a advertir la supuesta existencia del yerro y a renglón seguido, sin mayor evaluación probatoria o esfuerzo argumentativo concluye, porque sí, que la eliminación del dictamen impide considerar coherente o creíble lo declarado por la víctima, demandando de sentencia absolutoria en seguimiento del principio *in dubio pro reo*.

Tan ostensibles defectos de argumentación conducen indefectiblemente a la inadmisión del primer cargo de la demanda de casación.

2. Cargo segundo



Ya ampliamente en los apartados jurisprudenciales transcritos, se explicó cuál es la naturaleza del error de hecho y cómo debe fundamentarse el mismo, en cada una de sus aristas.

Por ello resulta innecesario recabar en la abierta impropiedad de lo alegado por la demandante, como quiera que parte por llamar de derecho un error que obviamente, de presentarse, asoma de hecho, dado que no remite a la legalidad, validez o tarifa de prueba, sino a la forma en que se abordó la misma por el fallador.

Pero, además, es claro que la discusión no opera, como se planteó por la recurrente, dentro de la esfera del falso juicio de existencia por omisión, que ocurre, como arriba se vio, en los casos en los cuales, efectivamente aportado el medio, nunca éste es considerado por el fallador para sustentar su decisión.

Lejos de ello, basta verificar el contenido del fallo de segundo grado para advertir inconcuso, en contra de lo pretendido entronizar por la demandante, que el Tribunal sí tomó en consideración lo dicho por la menor en sus varias versiones, incluso detallando los aparentes equívocos que operan entre una y otras, sólo que les dio un alcance distinto al que ahora busca hacer valer la casacionista.



Para que no quepa duda de cómo el Tribunal abordó en su totalidad lo dicho en varias ocasiones por la menor, basta transcribir algunos apartados puntuales de lo consignado por el Ad quem:

“a. El testimonio de la menor de edad que declaró en contra del procesado es coherente, tanto en los detalles propios de los actos que denunció como en el contexto temporal y espacial que narró, sin que se advierta de las distintas versiones rendidas contradicciones o inconsistencias relevantes para efectos de dudar de su credibilidad.

La niña KJAA declaró en tres oportunidades. En la primera de ellas, cuando interpuso la denuncia, narró brevemente que a mediados de 2003, teniendo 10 años de edad, fue objeto de actos de carácter sexual realizados por una persona a quien llamó JORGE, y a quien describió como la persona que le vendía la leche a su familia en un lote cercano a su vivienda, exponiendo detalles de lo acontecido: manifestó, en términos propios de una niña de su edad, que esa persona la llevaba al interior del rancho que había en el lote, que allí le tocaba las piernas, los senos, la vagina y las manos y le mostraba el pene, que JORGE le había quitado la ropa, la accedió vaginalmente y eyaculó, y que aquél le pidió que o le contara a nadie de lo sucedido porque podría ir a la cárcel. Estos hechos se habrían repetido en cuatro oportunidades más.

En la segunda, reiteró la narración inicial en términos similares, especificando que los episodios tuvieron ocurrencia entre junio y julio de 2003, señalando que luego de la primera ocasión ingresaba voluntariamente por temor a represalias o a que fuera forzada a hacerlo, y aclarando que de las cinco oportunidades en que ello ocurrió, en dos fue desnudada de la cintura para abajo, sometido por el atacante y objeto de intentos de penetración vaginal, y en todas ellas el hombre se desvistió y exhibió sus genitales.

En la última, se sostuvo en que los actos se presentaron en cinco oportunidades, evidenció conocer la composición familiar del acusado, limitó su referencia al contacto genital que sostuvo con aquél a frotación y expuso que ya en otras ocasiones había sido objeto de tocamientos de carácter sexual, primero por un panadero cuando vivía con su madre en el municipio de Coscuez (Boyacá), quien le tocó la vagina



por encima de la ropa, luego por un amigo de un tío, quien pretendió desnudarla en la cama pero fracasó, y finalmente por un novio de su mamá, quien igualmente le tocó sus genitales sobre la ropa.

Como se puede observar, la única situación que genera controversia en estas declaraciones radica en la referencia que el testigo hizo inicialmente, en el sentido de haber sido objeto de acceso carnal. La defensa plantea que esta es una inconsistencia que revela la mendacidad de la testigo, ya que aquella sabía por experiencias anteriores cuál era la diferencia entre penetración y tocamientos, y se desvirtuó, gracias al dictamen sexológico, que KJAA hubiese sido desflorada.

Frente a este punto, el Tribunal observa no sólo le otorga un alcance insostenible al yerro cometido por la niña en su declaración inicial, sino que parte de un hecho que no encuentra referencia alguna en las pruebas, como lo es la experiencia sexual previa que la declarante tenía y la capacidad que le (sic) misma le daba para distinguir lo que implica ser accedida carnalmente.”

Precisamente, la forma de argumentar el cargo demuestra evidente que el rótulo de error de “*derecho*” por falso juicio de existencia, sólo apunta a cubrir de validez el requisito formal de plantear adecuadamente la causal, dado que, a renglón seguido, la recurrente se ocupa de presentar un típico alegato libre de instancia encaminado a desvirtuar la credibilidad de la víctima incluso con afirmaciones francamente inapropiadas, que refieren una supuesta experiencia anterior en materia sexual.

Desde luego, esa manera de abordar la crítica, esforzándose apenas por entronizar la que entiende mejor forma de asumir la prueba de cargos, sin demostrar ningún yerro trascendente en la evaluación realizada por el Tribunal, emerge inapropiada en sede



casacional, pues, cabe reiterar, la sentencia de segundo grado arriba aquí precedida de una doble condición de acierto y legalidad imposible de derrumbar sólo con la valoración interesada del afectado con el fallo.

Y, cabe agregar, cuando efectivamente el Tribunal asumió juiciosamente la tarea de verificar la credibilidad de la menor, examinando todas las versiones por ella entregadas y refiriendo el valor suasorio que encierra lo dicho, en contraste con los demás elementos de prueba allegados al informativo, inane se ofrece controvertir sus conclusiones a partir no de la demostración de algún tipo de vicio valorativo que atente contra los principios de la sana crítica, sino de simples lucubraciones argumentativas dirigidas a sostener la tesis contraria.

Se impone, en consecuencia, inadmitir en su totalidad la demanda de casación presentada por la defensora del acusado.

De la casación oficiosa

Si bien la Sala, ante las evidentes falencias de fundamentación, inadmitirá la demanda presentada por la defensora del procesado, ello no implica que frente a su labor de velar por la protección de garantías fundamentales, deba pasar por alto la evidente vulneración del principio de legalidad en que incurrieron las instancias al momento de encuadrar lo ocurrido



dentro de la causal de agravación establecida en el numeral 4° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.

Y ello opera inmediato, sin necesidad de disponer el traslado al Ministerio Público para que emita su concepto, como se señaló anteladamente por la Corte³.

Ahora bien, acerca de lo que compete a la Sala definir, para el momento en el cual se emitió la sentencia de segunda instancia (30 de octubre de 2009), ya la Corte Constitucional había analizado la exequibilidad del numeral 4° del artículo 211 del C.P, advirtiendo que la norma es inconstitucional, en cuanto obre por remisión de los artículos 208 y 209 ibídem, por estimar que se vulnera el principio *non bis in ídem*, dado que la minoría de edad es precisamente el factor que delimita punible la conducta en las normas referenciadas.

Esto, en concreto, señaló la Corte Constitucional⁴:

“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:

³ Radicado 26.967, auto del 12 de septiembre de 2007

⁴ Sentencia C-521 del 4 de agosto de 2009



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, [25] 206, [26] 207[27], 210[28] y 210A[29] del Código Penal, donde a la circunstancia de haber realizado al 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^[30] que no fueron demandados en el presente proceso, es necesario determinar si debe ser declarada inexecutable o si, por el contrario, procede declarar su executibilidad con algún condicionamiento.

6.2. A juicio de la Corte, como la norma demandada es inconstitucional si se aplica a los artículos 208 y 209 del Código Penal, pero no lo es si se aplica a los demás artículos del Título IV, en este caso no procede la expulsión del ordenamiento de esta norma hallada inconstitucional. Tampoco es posible hacer una integración normativa de la causal demandada con los artículos que consagran los tipos penales básicos, ya que la disposición cuestionada tiene un contenido deontológico claro, y puede ser entendida y aplicada sin necesidad de acudir a los artículos 205, 206, 207, 210 y 210A de la Ley 599 de 2000, tal como fueron modificados por la Ley 1236 de 2008 y adicionados por la Ley 1257 de 2008.

En ese sentido, debe mencionarse que en la Sentencia C-146 de 1994^[31] la Corte, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 303 y 305 del Decreto 100 de 1980, que contemplaban precisamente los delitos de acceso carnal abusivo en menor de catorce años y de corrupción –que hoy equivale a acto sexual abusivo en menor de catorce años–^[32] consideró que estos artículos tenían su razón de ser en la especial gravedad de cometer actos de esa naturaleza en persona menor de catorce años:

“[s]e trata de comportamientos cuya sola enunciación indica el sentido protector de las normas que los prohíben, pues lesionan gravemente la integridad física y moral, el desarrollo psicológico y la honra de los menores que puedan llegar a ser víctimas de ellos.



Debe observarse que la edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años.

El legislador consideró que hasta esa edad debería brindarse la protección mediante la proscripción de tales conductas. Era de su competencia propia definir la edad máxima de quien sea sujeto pasivo de los enunciados hechos punibles, fijando uno u otro número de años, sin que a su discrecionalidad pudiera interponerse el límite de una determinada edad previamente definida por el Constituyente, pues éste no tipificó la conducta ni estimó que fuera de su resorte hacerlo”.

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 perpetrar 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 tenida 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.

6.3. Por consiguiente, en aplicación del principio de conservación del derecho, es preciso circunscribir el presente pronunciamiento a los cargos planteados en la demanda, y por lo mismo, **declarar EXEQUIBLE el numeral 4° del artículo 211 del Código Penal, en el entendido de que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209 del mismo estatuto**”. (lo resaltado no pertenece al original).

Como se tiene claro que el delito atribuido al procesado, en concurso homogéneo sucesivo, es el de actos sexuales con menor de catorce años, dispuesto en el artículo 209 de la Ley 599 de 2000, ostensible asoma que no era factible tomar en consideración



la causal de agravación establecida en el numeral 4° del artículo 211 del estatuto penal, y así debió declararlo el Tribunal en la sentencia de segundo grado, para respetar el principio de legalidad.

Corresponde a la Sala, entonces, eliminar de los cargos la agravante en cita y, consecuentemente, realizar una nueva dosificación de la pena que consulte esa supresión.

Al efecto, el fallo estableció como ámbito de movilidad punitiva, con la inclusión de la agravante, un lapso entre 48 y 90 meses de prisión, decidiendo imponer el mínimo aplicable.

Ello significa, para respetar el criterio del fallador, que una vez eliminada la agravante, el delito comporta pena de 3 a 5 años de prisión, debiendo imponerse el límite mínimo, esto es tres años de sanción aflictiva de la libertad.

Ahora bien, como el juzgador decidió incrementar en 24 meses más la pena, por ocasión del concurso de ilicitudes, vale decir, un cincuenta por ciento más de la que determinó pena a aplicar (48 meses), emerge elemental la tabulación que debe hacer la Sala, pues, incrementando la pena que hoy se determina legal -36 meses-, en un cincuenta por ciento, el total a descontar por el procesado asciende a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, en lugar de los 72 meses por los cuales fue condenado en las instancias.



En igual lapso será reducida la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

En lo demás, sigue vigente lo dispuesto en el fallo.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,**

R E S U E L V E

Primero. INADMITIR la demanda de casación presentada por la defensora del procesado JORGE ENRIQUE LÓPEZ BELTRÁN.

Segundo. CASAR parcial y oficiosamente el fallo. En consecuencia, la pena que deberá descontar el acusado se reduce a CINCUENTA Y CUATRO (54) MESES DE PRISIÓN, reduciéndose al mismo lapso la accesoria de interdicción en derechos y funciones públicas.

En lo demás rige lo dispuesto por las instancias.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria