Proceso n.º 31642

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Magistrado Ponente

Dr. **JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

Aprobado acta No. 152

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

La Sala decide si admite la demanda de casación presentada por el defensor de **Héctor Rubio Rueda**, contra la sentencia con la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, confirmó, con modificaciones, la condena que le impuso el Juzgado 4º Penal del Circuito de Descongestión por el delito de acto sexual con menor de 14 años.

H E C H O S

En la sentencia de primera instancia se sintetizan de la forma como sigue:

“El 23 de mayo de 2001, LUZ HELIDA PERALTA MURCIA, instauró denuncia en contra {del} odontólogo de su hija HÉCTOR RUBIO RUEDA, manifestando que el 19 de mayo, (XXX XXX)¹ de ocho (8) años de edad, acudió al consultorio odontológico de propiedad del encartado, ubicado en la transversal 30 No. 146 A – 77 de esta ciudad, en compañía de su tía ALBA PERALTA. Posteriormente el 22 de mayo, la niña le contó a su madre que en la visita al consultorio odontológico realizada tres días atrás, el Dr. HÉCTOR RUBIO RUEDA, luego de atenderla, le desabrochó el jean y se lo bajó, tomó en sus dedos una vaselina de un tarro y luego los colocó en su vagina, donde también la besó,

¹ El Código de la Infancia y de la Adolescencia (L. 1098/06), que desarrolla, entre otros, los artículos 44 y 45 de la Constitución Política, establece la prevalencia de los derechos de los niños y de los adolescentes, los cuales deben respetarse en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza (art. 9º). En concreto, el artículo 192 señala que en los procesos por delitos en los cuales aquellos tengan la condición de víctimas **el funcionario judicial** debe tener en cuenta los principios del interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos, la protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en la ley. El artículo 193-7 Ib, precisa, además, que con el fin de hacer efectivos tales derechos, **las autoridades judiciales** tendrán en cuenta diversos criterios, entre los que cita en el numeral 7º, el respeto por *su dignidad, intimidad, el derecho a no ser estigmatizados y a que no se les ocasionen nuevos daños con el desarrollo del proceso judicial en el que se juzgue a los responsables*. En consonancia con lo anterior, el artículo 47-8 establece en forma perentoria que los medios de comunicación tienen el deber de: “Abstenerse de entrevistar, dar el nombre, divulgar datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de los niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos, salvo que sea necesario para garantizar el derecho a establecer la identidad del niño o adolescente víctima del delito, o la de su familia si esta fuera desconocida...” En acatamiento de estos postulados legales no se consigna el nombre de la víctima del delito materia de juzgamiento.

sacó su pene y la obligó a tocarlo, al tiempo que tapaba su boca cada vez que se disponía a gritar.”

ACTUACIÓN PROCESAL

De conformidad con la denuncia presentada por Luz Elida Peralta Murcia, madre de la ofendida, la Fiscalía decretó el 23 de mayo de 2001 apertura de investigación en contra del implicado **Héctor Rubio Rueda**,² a quien vinculó al proceso a través de diligencia de indagatoria, dispuso en su contra detención preventiva mediante providencia del 23 de febrero de 2004³ y, culminada la instrucción, le dictó resolución de acusación por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años agravado, por haber realizado la conducta en una persona menor de *diez años*, de conformidad con los artículos 305 y 306-5 del Decreto 100 de 1980;⁴ decisión que cobró ejecutoria el 16 de agosto de 2005, una vez resuelto el recurso de reposición interpuesto por la defensa.⁵

El Juzgado 4º Penal del Circuito de Descongestión mediante sentencia del 28 de febrero de 2007,⁶ condenó a **Héctor Rubio Rueda** a la pena de 36 meses de prisión por el delito referido, a la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término y al

² Fol. 6 c 1

³ Fols. 30 a 33

⁴ Fols. 48 a 51

⁵ Fols. 61 y 62

⁶ Fols. 45 a 56.

pago de 60 salarios mínimos legales mensuales como reparación de los daños morales ocasionados con el ilícito.

Apelada la decisión por el defensor el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá modificó la condena en perjuicios, para fijarla en 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En lo demás confirmó el fallo condenatorio.⁷

DEMANDA DE CASACIÓN

A través de la violación indirecta de la ley sustancial el actor presenta dos cargos que se resumen a continuación.

Cargo Primero. “La sentencia es violatoria de la ley sustancial por infracción indirecta por error de hecho motivado en un falso juicio de existencia – suposición de prueba.”

Dice el actor que sin existir elementos de juicio en la actuación, el Tribunal dio por demostrado que la víctima en la época de los hechos era menor de diez años; afirmación con la cual desconoció los artículos 101 y 106 del Decreto 1260 de 1970, y 7° de la Ley 360 de 1997, el cual modificó los artículos 305 y 306 del Código Penal.

⁷ Fols. 4 a 8 c. Tribunal.

En el expediente, dice el actor, “... no obra prueba del estado civil de {la víctima}. Se hecha (sic) igualmente de menos, experticia procesal supletoria por medio del (sic) se hubiere pretendido suplir la existencia de documento de prueba del estado civil de ésta y que permitiera tener la certeza sobre su edad... La edad de las personas, forma parte de su estado civil, y en el Registro de Actos se incluye el nacimiento en el que necesariamente ha de insertarse la fecha de ese nacimiento, que es la que determina la edad del individuo en cualquier momento de su historia en la sociedad.”

Con base en lo anterior sostiene que “La prueba supuesta, y que constituye el error de hecho que se atribuye a la sentencia, es elemento constitutivo del delito por el cual fue condenado el sindicado Rubio Rueda, en tanto que la edad de la presunta víctima es la que determina que el delito sea o no de Acto Sexual Abusivo con menor de 14 años que tipificaba el artículo 305 del Código Penal modificado por el artículo 7° de la ley 360 de 1997, que sirvió de fundamento primario para la sentencia condenatoria. Esa misma prueba supuesta sirvió de fundamento para que el sindicado fuera sujeto pasivo de la condena agravada, en tanto tuvo el Tribunal y el Juzgado como cierto, sin existir prueba de ello, que (...) era menor de 10 años, presupuesto contemplado en el artículo 306 del Código Penal vigente para la época de los hechos.”

De no haberse incurrido en este error, concluye el actor, los sentenciadores “... no hubieran producido condena en las condiciones del artículo 306 del entonces Código Penal, y si tampoco hubiesen supuesto la edad de (...), por debajo de los 14 años, tampoco hubiesen proferido condena en los términos

del artículo 305 de dicho estatuto, en tanto que esas edades y su prueba, son requisitos esenciales para la tipificación del delito de Acto Sexual Abusivo con menor de Catorce años y su consecuente agravación cuando la presunta víctima tiene una edad inferior a los 10 años.”

En **el segundo cargo** y sobre el mismo presupuesto el actor asegura que el sentenciador incurrió en un error de derecho por falso juicio de convicción, con el cual violó indirectamente los artículos 101 y 106 del Decreto 1260 de 1970, el 305 y 306 del Código Penal con las modificaciones introducidas por la Ley 360 de 1997; por falta de aplicación de las preceptivas contenidas en los artículos 232 y 237 del Código de Procedimiento Penal.

En su criterio la sentencia no hace mención a la prueba que demuestre la edad cierta de la víctima o que demuestre que era menor de 10 años, situación que contrasta con lo normado en el artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, de conformidad con el cual toda providencia debe fundarse en prueba regular y oportunamente allegada a la actuación. De igual modo, desconoce el artículo 237 de esa codificación en cuanto posibilita la demostración de los elementos constitutivos de la conducta punible, de la responsabilidad del procesado, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, a través de cualquier medio probatorio, salvo cuando la ley exija prueba especial,

como en el presente caso, según entiende, *en relación con el estado civil de las personas, los hecho, los actos y las providencias que lo afecten*, los cuales son susceptibles de acreditar únicamente por los medios establecidos en el Decreto 1260 de 1970.

El error denunciado, finaliza el actor, es el que conduce a la demostración del delito por el cual se condena al acusado, porque al presumir el sentenciador la edad de la víctima, concluye que se realizó el supuesto típico de acto sexual con menor de 14 años, agravado por el hecho, igualmente supuesto, de que la víctima no tenía 10 años antes de la realización de la conducta. Entonces, si el sentenciador no hubiere tenido en cuenta las pruebas de las que dio por cierta la edad de la ofendida y hubiere “*exigido la prueba idónea del estado civil de ésta o la experticia supletoria de Medicina Legal*”, no hubiera producido la condena en las condiciones de los artículos 305 y 306 del Código Penal de 1980.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Para los fines de esta decisión importa destacar en primer lugar, los aspectos que tuvo en cuenta el defensor del acusado en la apelación que presentó ante el Tribunal, en

contra de la sentencia de primera instancia dictada por el Juez 28 Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá, los cuales se resumen en que i) la denunciante reprodujo la información que de los hechos le suministró ALBA PERALTA quien, según el defensor, no tiene certeza de los acontecimientos; ii) la víctima “... declaró lo que la denunciante le enseñó, con lo cual se advierte que una niña de 8 años no puede hacer una declaración de esa naturaleza y si hubiera sido estudiado por un profesional, hubiere concluido que no se trata de un relato nacido de su personalidad intelectual sino de recomendaciones y consejos mal intencionados”; iii) no se recibió el testimonio de ALBA PERALTA, declaración que la defensa consideró de importancia, pues se trata de la persona que al momento de los hechos acompañaba a la menor “... y podía dar cuenta de todo lo acontecido al interior del consultorio, donde no hay puerta y todo lo que sucede allí es visible...”; iv) también dedicó la apelación a cuestionar el valor probatorio de la declaración de la denunciante, en cuanto no fue testigo presencial de los hechos y porque, sostuvo, en el proceso no está demostrado que se trate de la mamá de la víctima, es decir, su legitimidad no se encuentra probada en el proceso y lo que pretende es obtener una ventaja económica; v) de manera subsidiaria solicitó que se impusiera una suma mínima por perjuicios, ya que el procesado carece de recursos para cancelar los 60 salarios mínimos que por ese concepto se le impuso como pena.

Sin duda, la temática propuesta en la alzada y sobre la cual se centraron las consideraciones del Tribunal, difiere de la que el mismo defensor plantea en sede de casación, recurso con el que atribuye ahora supuestos defectos probatorios al sentenciador alusivos a la edad de la víctima y que incidirían en la tipicidad de la conducta, bien para eliminarla completamente porque, en su criterio, no se demostró que la ofendida fuera menor de 14 años, o para desvirtuar la circunstancia de agravación deducida en el pliego de cargos teniendo en cuenta que el abuso se ejecutó en una persona menor de 10 años.

Tal desconexión temática pone en entredicho el interés del recurrente para impugnar en sede extraordinaria la sentencia, pues en casación se parte del supuesto de que el actor apeló el fallo de primer grado y que la discusión que postula en la demanda guarda consonancia con las razones expuestas en la alzada. Cuando ello no sucede, por regla general, se impone inadmitir el libelo por falta de interés del actor para recurrir.

En el presente caso, si bien las razones de la apelación difieren de las expuestas en la demanda de casación, es lo cierto que apuntan a que se profiera fallo absolutorio en favor del procesado, motivo por el cual la Corte procede a examinar los presupuestos lógicos y argumentativos de los cargos formulados.

Primer cargo. Según el demandante el Tribunal incurrió en falso juicio de existencia, toda vez que *supuso* que para la época de los hechos objeto de juzgamiento, la víctima del abuso tenía una edad inferior a catorce años y, además, que era menor de diez, error sobre el cual se demostró la materialidad de la conducta.

El falso juicio de existencia tiene lugar cuando el medio de prueba de contenido trascendente, legal y regularmente aportado, resulta excluido de la valoración efectuada por el juzgador (*falso juicio de existencia por omisión o supresión*) o cuando se lo inventa o crea sin que en verdad exista materialmente en el proceso, dando por probados supuestos fácticos cuya acreditación no está atribuida expresamente a los demás elementos de convicción (*falso juicio de existencia por suposición o ideación*).

En las hipótesis de falso juicio de existencia por supresión, el recurrente tiene la carga de precisar en qué parte del expediente se ubica la prueba materialmente omitida y, seguidamente, cómo, de haber sido estimada con los demás medios de prueba, las conclusiones adoptadas en el fallo habrían sido sustancialmente diferentes y favorables a su pretensión.

Pero si de falso juicio de existencia por suposición se trata, el deber estriba en demostrar el yerro mediante el señalamiento de la correspondiente consideración del

fallo en la que se aluda al medio de prueba que materialmente no obra en el proceso, o lo que éste supuestamente acredita, y a continuación explicar cómo, suprimiendo ese elemento de convicción o su contenido, las conclusiones del fallo pierden sustento y varían en sentido beneficioso a sus intereses.

Según afirma el recurrente, el Tribunal incurrió en el error de hecho referido porque supuso la edad de la víctima al afirmar que al momento de los hechos aquella era menor de diez años, circunstancia que permite atribuirle la realización de la conducta punible de acto sexual abusivo agravado, por cuanto la ofendida era menor de la edad referida, careciendo esta afirmación, agrega el actor, de respaldo probatorio ya que a la actuación no se allegó documento alguno o prueba pericial que acreditara el “*estado civil*” de la ofendida y, por tanto, la edad exacta que tenía al momento de los hechos.

La proposición del demandante desconoce el principio de libertad probatoria, previsto en el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal (L. 600/00), de conformidad con el cual “Los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva, las que excluyen la responsabilidad, la naturaleza y cuantía de los perjuicios, podrán demostrarse con cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales.”

De esa manera, omite mencionar las pruebas de la actuación que aluden a la edad de la víctima y que desde los albores de la actuación permitieron adecuar la conducta punible en el delito de acto sexual abusivo agravado por tratarse la víctima de una persona menor de diez años.

Al respecto, en primer lugar, aparece la denuncia presentada por la señora Luz Elida Peralta Murcia, madre de la víctima, de quien, asegura, para la época de los hechos contaba con ocho años de edad.⁸

De igual modo, obra el dictamen médico practicado en el Instituto de Medicina Legal, Unidad Local de Atención al Menor, en el cual se consigna como edad informada por la paciente: ocho años.⁹

A la actuación también se aportó a instancia del procesado, copia de la historia clínica que a nombre de la víctima abrió el 18 de abril de 2001, en la cual consignó como edad de la paciente: ocho años y medios (8 ½).¹⁰

Por último, se cuenta con el testimonio de la menor abusada, rendido el 5 de diciembre de 2001, en el que

⁸ Fols. 1 a 5 c. 1

⁹ Fol. 8 Ib.

¹⁰ Fol. 23 Ib.

manifestó que, para ese momento, tenía 9 años de edad y que cumple el 4 de septiembre.

Por consiguiente, como los hechos sucedieron el 19 de mayo de 2001, resulta claro que la ofendida, a la sazón, tenía ocho años de edad.

La suposición probatoria que en torno a este hecho atribuye el actor al sentenciador, carece pues de fundamento, porque los medios de prueba enunciados señalan sin lugar a dudas que la víctima del abuso era menor de 10 años y por esa razón se acusó y condenó al procesado **Héctor Rubio Rincón** por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, previsto en los artículos 305 y 306 del Decreto 100 de 1980.

En consecuencia, el cargo analizado debe inadmitirse.

Segundo cargo. En este reproche sostiene el actor que el Tribunal incurrió en un falso juicio de convicción, porque confirió un *valor de certeza* que la ley no permite a la declaración de Luz Elida Peralta Murcia, al dictamen de Medicina legal y al testimonio de la víctima, en relación con la edad que ésta tenía al momento de los hechos, teniendo en cuenta que “... se exige prueba calificada para determinar el Estado Civil de las personas y los elementos que le (sic) constituyen”; error en virtud del cual se tuvo plenamente establecido que la persona abusada era menor de 10 años, lo cual permitió adecuar la conducta

al tipo penal de acto sexual abusivo agravado (*arts. 305 y 306 D. 100/80*).

Dado que el falso juicio de convicción se presenta cuando el juzgador suministra a una prueba una capacidad probatoria que no tiene o *desconoce el que la ley le otorga*, hoy en día resulta prácticamente imposible cuestionar una sentencia por esta última vía, teniendo en cuenta que el sistema legal que rige en materia probatoria ya no es el de la tarifa legal, en el que el legislador regulaba el valor que el funcionario judicial debía conferir a determinado medio, sino el de la sana crítica que impone apreciarlas bajo sus reglas y de manera conjunta con indicación razonada del mérito que a cada una se asigne (*art. 283 L. 600/00*).

Consecuente con este principio la ley permite demostrar a través de cualquier medio probatorio legalmente aceptado, válida y oportunamente allegado a la actuación (*libertad probatoria*), los aspectos determinantes del proceso: materialidad de la conducta con las circunstancias que la afectan, responsabilidad del procesado, naturaleza y cuantía de los perjuicios.

Frente a estos principios probatorios del proceso penal el actor porfía en que la prueba de la edad de una persona se encuentra sometida a tarifa legal y por lo que sólo es susceptible de demostrar de acuerdo con las normas del

Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas previsto en el Decreto 1260 de 1970, porque, según sostiene, la edad es uno de los elementos que lo integran y por eso el registro de nacimiento debe incluir la fecha en que se produjo, pues ese dato es el que determina la edad del individuo en cualquier momento de su historia en sociedad.

No discute la Corte que el registro civil de nacimiento constituye medio idóneo para acreditar la edad de una persona, en orden a demostrar, por ejemplo, si está sometido al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil cuando el autor de la conducta punible es menor de 18 años (art. 33-3 C.P.), o como en el presente caso, también por vía de ejemplo, si la víctima es menor o no de cierta edad y ese dato determina la materialidad de la conducta.

Pero la utilidad de ese medio probatorio no significa que sea el único admitido en orden a demostrar la edad de la persona, menos aún que tenga un valor específico asignado por el legislador y que en forma ineludible debe atender el sentenciador.

De ser así, entonces el recurrente erró en la proposición del cargo porque no indicó la norma específica que confiere al registro el carácter de medio único destinado a demostrar la edad de la persona, ni la que elimina todo

valor a otros medios que puedan emplearse con el fin de acreditar un dato de tal naturaleza.

En esa medida, no se advierte que constituya un error de apreciación probatoria del sentenciador tener por demostrada la edad de la víctima (*inferior a diez años*), a través de las manifestaciones de la denunciante y con la declaración de la propia ofendida quien meses después de los hechos, en diligencia de declaración, manifestó que el 4 de septiembre de 2001 cumplió 9 años de edad.

Por este motivo la demanda tampoco puede ser admitida por el segundo cargo analizado.

Casación oficiosa.

El delito por el cual se acusó y condeno al procesado en este asunto, se adecuó a lo normado en el artículo 305 del Decreto 100 de 1980, el cual tipificaba el delito de actos sexuales con menor de 14 años, conducta que se veía agravada, entre otras circunstancias, cuando la persona sobre la cual recaía la conducta fuera menor de 10 años, según preveía el artículo 306-5 Ib.

La referida agravante fue modificada en la Ley 599 de 2000 (art. 211-4), al establecer que se impondría cuando el delito se cometiera sobre una persona menor de 12 años.

Posteriormente, esta disposición a su vez fue modificada por el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008 al señalar que el motivo de agravación referido, común a los delitos de violencia y abusos sexuales, se predica cuando quiera que la víctima sea menor de 14 años.

Esta evolución legislativa conduce a precisar conforme a la interpretación efectuada sobre el artículo 7° de la Ley 1236 de 2008 desde la perspectiva de los derechos fundamentales, que su aplicación resulta improcedente en este caso porque atenta contra el derecho que el artículo 29 Superior reconoce a las personas de no ser juzgadas dos veces por el mismo hecho.

Así lo precisó la Corte en reciente decisión en la cual consignó: ¹¹

“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

¹¹ Casación del 3-12-09 (Rad. 32972)

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 4° 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 4° del artículo 211, pues el legislador quiso sancionar con mayor severidad la comisión de tales comportamientos en personas menores de 12 años.

Pero, con la modificación del agravante por el legislador, dada por la ampliación del ámbito de protección a todos los menores de 14 años, inadvertió que antes que hacer más gravosa la conducta para quienes abusaran o accedieran a menores de 14 años, infringía directamente la Constitución Política al sancionar doblemente una misma situación fáctica.

Siendo ello así, desde la expedición de la Ley 1236 de 2008, no era posible imputar esta circunstancia de agravación específica para las conductas regladas en los artículos 208 y 209, sin afectar seriamente el postulado constitucional de *non bis in 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 7° 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, 20, 21 y 210 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 executable con algún condicionamiento.

6.2. A juicio de la Corte, como la norma demandada es inconstitucional si se aplica a los artículos 208 y 209 del Código Penal, pero no lo es si se aplica a los demás artículos

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

(...)

En suma, los delitos de acceso carnal en menor de catorce años y de acto sexual abusivo en menor de catorce años, en su misma descripción típica indican que la lesividad del comportamiento punible estriba en que se perpetran en personas menores de catorce años. Si esto es así, ninguno de los comportamientos requiere ser agravado cuando recaiga en persona menor de catorce años, pues la agravación ya fue tomada en cuenta en la descripción típica. En consecuencia, desde un punto de vista teleológico, el artículo 211 numeral 4° del Código Penal es constitucional, al interpretarlo en el sentido de que no está llamado a agravar conductas que no requieren agravación puesto que ya de suyo la lesividad del comportamiento fue valorada por el legislador en el tipo penal. Pero, además, desde una perspectiva sistemática, el artículo 211 numeral 4° tiene un efecto útil, ya que tiene aplicabilidad, siempre que sea posible, en presencia de alguno cualquiera de los demás artículos del Título IV.” (Subrayado fuera de texto).”

En la especie analizada, al momento de dosificar la pena el juez de primera instancia fijó los extremos punitivos con base en el artículo 305 del Código Penal de 1980,

modificado por el 7° de la Ley 360 de 1997, que conminaba con pena de prisión de 2 a 5 años a los autores de los actos sexuales con menor de 14 años, con el incremento de la tercera parte del mínimo y de la mitad del máximo, en atención a que la víctima era una persona menor de 10 años, conforme a las previsiones del artículo 306-5 de la misma codificación.

Con base en esos extremos (*32 a 90 meses*) condenó al acusado a 36 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo similar; decisión que confirmó el Tribunal Superior.

No obstante, como sobrevino una realidad jurídica diversa con la expedición de la Ley 1236 de 2008 y el examen de de constitucionalidad que del artículo 7° de esa normativa efectuó la Corte Constitucional (C-521/09), que además resulta más favorable a los intereses del procesado, se impone readecuar la pena dispuesta en este asunto como forma de corregir la sentencia que no ha quedado en firme, teniendo como fundamento irrefutable que de mantenerse en los términos que tuvieron en cuenta los sentenciadores para individualizarla, implicaría una violación flagrante al principio de non bis in ídem y la imposición de una pena superior a la que corresponde bajo el derecho vigente.

Por consiguiente, con el fin de salvaguardar la garantía fundamental de favorabilidad de la ley penal prevista en el artículo 29 de la Constitución Política, la Corte hará uso de la facultad que le confiere el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, para corregir de oficio la sentencia exclusivamente en el punto que viene de examinarse.

En tal orden de ideas, debe tenerse en cuenta que la pena para el delito que se juzga, según la ley vigente al momento de su ejecución, favorable con relación a la que rige en la actualidad, era de 2 a 5 años de prisión, la cual aplicará la Corte siguiendo los parámetros que tuvo en cuenta el juez de instancia, pero eliminado la causal de agravación referida a que la conducta se hubiere ejecutado en persona menor de 14 años, conforme los argumentos atrás expuestos.

El mínimo de la pena previsto en las normas atendidas por el a quo para individualizarla (*artículos 305 y 306-5 D. 100/80*), 36 meses, lo incrementó en 12,5%, aumento que igualmente hará la Sala para readecuar en este momento la sanción.

Por consiguiente, 24 meses de prisión señalados como sanción mínima en el artículo 305 de aquella codificación, incrementados en 12,5%, (3 meses), equivalen a 27 meses que corresponde a la pena de prisión definitiva que ha cumplir el procesado **Héctor Rubio Rueda**, y en este

mismo término se fija la sanción accesoria de inhabilitación de derechos a la que también se lo condenó.

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

RESUELVE

1. INADMITIR la demanda de casación presentada a nombre de **Héctor Rubio Rueda**, por las motivaciones consignadas en esta decisión.

2. CASAR oficiosa y parcialmente el fallo impugnado para fijar en 27 meses de prisión la pena que debe cumplir, en los términos fijados por el juzgador, el procesado **Héctor Rubio Rueda**, como autor del delito de acto sexual con menor de 14 años. Por el mismo lapso se lo condena a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Excusa justificada

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria