

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP1855-2018

Radicación n° 45520

Aprobado acta n° 159

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación presentado por el apoderado de las víctimas en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de septiembre de 2014, mediante la cual revocó el fallo emitido por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, el 15 de agosto de 2014, y decretó prescrita la acción penal derivada de los

delitos de *Incesto* y *Actos sexuales con menor de catorce años*.

H E C H O S

Según los términos del escrito de acusación, los hechos se sucedieron entre los años 2002 y 2005, tiempo durante el cual el acusado JUAN MANUEL MERIZALDE BERMÚDEZ sometió a su hija V.M.C., desde que ésta contaba con dos años de edad, a diversos actos de contenido sexual que incluían tocamientos en su vagina, exhibirse desnudo delante de ella y acompañarla al baño y observarla cuando la niña se disponía a bañarse o a realizar sus necesidades fisiológicas.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Con base en los anteriores hechos, el 16 de febrero 2009, ante el Juez Once Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de declaratoria de contumacia y formulación de imputación a JUAN MANUEL MERIZALDE BERMÚDEZ, por los delitos de *Incesto* (artículo 237 del Código Penal) y *Actos sexuales con menor de catorce años* cometido en circunstancias de agravación punitiva (artículos 209 y 211, numeral 2 y 4, del Código Penal), en concurso de conductas punibles.

En la misma audiencia concentrada, el imputado fue afectado con medidas de aseguramiento no privativas de la libertad, consistentes en *la obligación de presentarse*

periódicamente o cuando sea requerido ante Juez o autoridad competente y observar buena conducta individual, familiar y social (numerales 3 y 4 del artículo 307 de la Ley 906 de 2004).

Presentado el escrito de acusación por parte de la Fiscalía, le correspondió al Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 27 de enero de 2012 y 16 de mayo de 2014, respectivamente.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 31 de julio y 15 de agosto de 2014. Clausurado el debate, se anunció el sentido del fallo declarando culpable al acusado JUAN MANUEL MERIZALDE BERMÚDEZ por los delitos de *Incesto* y *Actos sexuales con menor de catorce años* cometido en circunstancias de agravación punitiva, en concurso de conductas punibles.

El 15 de agosto de 2014, el mismo despacho judicial emitió el fallo correspondiente, condenando a JUAN MANUEL MERIZALDE BERMÚDEZ, en calidad de autor de los delitos de *Incesto* (artículo 237 del Código Penal) y *Actos sexuales con menor de catorce años* cometido en circunstancias de agravación punitiva (artículos 209 y 211, numeral 2 y 4, del Código Penal), en concurso de conductas punibles, a la pena principal de 182 meses de prisión. Le impuso, además, la pena accesoria de inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Apelado el fallo por el apoderado del acusado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante providencia del 26 de septiembre de 2014 determinó *revocar* la sentencia de primera instancia, modificando la calificación jurídica en el sentido de eliminar las circunstancias de agravación punitiva del delito de *Actos sexuales con menor de catorce años*. Como consecuencia de ello decretó la preclusión de la actuación por prescripción de la acción penal derivada de los dos delitos.

Oportunamente el representante de las víctimas interpuso el recurso extraordinario de casación, cuya demanda fue admitida mediante auto del 15 de diciembre de 2016, celebrándose la audiencia pública de sustentación el 4 de julio de 2017.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Un reproche postula el apoderado de las víctimas, que fundamenta de la siguiente manera:

Cargo único: violación directa

Acusa la sentencia de segundo grado con fundamento en el numeral 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por aplicación indebida del artículo 237 del Código Penal, lo que

condujo a la falta de aplicación del numeral 2 del artículo 211 ibídem.

En su escrito, el demandante plantea, en primer lugar, su posición en relación con la naturaleza jurídica de la providencia demandada, para concluir que la decisión mediante la cual el Tribunal declaró la prescripción de la acción penal es una verdadera sentencia y no un auto interlocutorio.

Lo anterior porque en dicha providencia se definió sobre el objeto del proceso, en los términos del artículo 161 de la Ley 906 de 2004; se agotaron todas las etapas procesales para llegar a ese momento final en el que el propio juzgador admitió que su providencia correspondía a una sentencia, pues además esa fue la estructura formal que dio a la decisión, admitiendo en su contra la procedencia del recurso extraordinario de casación; y, se trató de una providencia que revocó una sentencia, por lo que esta no podía deshacerse sino a través de una decisión de naturaleza semejante.

Por eso, aduce que tratándose de una sentencia de segunda instancia, contra ella es procedente el recurso extraordinario de casación.

A continuación, tras relacionar los términos de la decisión recurrida y la invocación de precedentes jurisprudenciales de esta Corporación, el demandante diserta sobre la existencia del principio acusatorio en el

proceso penal colombiano y, con ello, sobre la ausencia de control judicial de la acusación y la separación de roles de juzgador y acusador, destacando la función requirente en manos de la Fiscalía.

Agrega con lo anterior que, como titular exclusiva de la acción penal, la Fiscalía desde la presentación de su escrito de acusación hizo manifiesta su intención de *«perseguir inicialmente el acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años agravado en concurso homogéneo y sucesivo. Y dejó para perseguir de manera secundaria otra conducta en concurso heterogéneo: el incesto»*.

Por ese motivo, entiende, el fallador de segundo grado modificó la pretensión de la Fiscalía cuando decidió eliminar las circunstancias de agravación punitiva del delito de *Acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años*, desconociendo de esa manera la función requirente del órgano persecutor al querer interpretar la acusación, con las vistas consecuencias de derivarse de ello la prescripción de la acción penal, lesionándose los intereses de la víctima.

Por lo anterior, admitiendo que con las circunstancias de agravación punitivas derivadas por el juez *a quo* se vulneraba el principio del *non bis in ídem*, concluye que el Tribunal debió acatar la intención del acusador, ocupándose en primer término del delito de *Acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años* y, en lugar de eliminar la agravante referida a la posición del acusado sobre su víctima, excluir el delito de *Incesto*, a fin de respetar el referido principio.

Así las cosas, propone como solución al yerro denunciado que excluido el delito de *Incesto*, la condena debió versar por el delito de *Acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años*, cometido en la circunstancia de agravación punitiva del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, el cual en virtud de la pena prevista, no implicaría la prescripción de la acción penal.

Por lo tanto, reclama de la Corte casar la sentencia, para que cobre vigencia parcial la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Toda vez que la demanda presentada se declaró ajustada conforme con los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte analizará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 *ibídem*.

Para tal efecto, se abordarán y resolverán los problemas jurídicos inherentes al único cargo presentado en la demanda por el recurrente.

1. Cuestiones previas.

Debe precisarse, en primer lugar, que quien interpone el recurso extraordinario de casación es el representante de las víctimas reconocidas en la actuación, por lo que no sobra advertir, en camino a establecer su interés para recurrir, que éste no llega solamente hasta la reclamación indemnizatoria. También incluye el hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia, conforme a los contenidos de la sentencia C-228 de 2002.

En ese sentido, el derecho a la justicia, además de estar encaminado a impedir que la conducta quede en la impunidad, también lo está a la imposición de una condigna sanción al responsable, la ejecución de ésta en la forma y en los términos de su cumplimiento. Y el de verdad se refleja en el derecho a conocer de manera precisa cómo ocurrieron los hechos.

Bajo esta precisión y ante el contenido extintivo de la acción penal del fallo, es claro que su interés para recurrir en este caso se encamina a una reclamación de justicia, al pretender de manera principal la declaratoria de responsabilidad del acusado, que eventualmente le pueda dar paso a una pretensión indemnizatoria.

De otro lado, en materia de procedencia, establece el artículo 181 de la Ley 906 de 2004 que el recurso de casación como control constitucional y legal *«procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los*

procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías».

De allí que la Corte ha precisado en otras oportunidades que la naturaleza interlocutoria de una decisión, sea que se adopte en forma separada o en el cuerpo de una sentencia de instancia, impide que en su contra pueda postularse censura alguna en sede de casación, pues el recurso extraordinario solamente procede contra las primeras, específicamente contra fallos de segunda instancia.

Sobre el particular, por defecto, la Sala ha sostenido, que:

Es frecuente, ha dicho la Corte, que por razones de economía procesal, se incluya dentro de una misma providencia decisiones de carácter distinto, como ocurre cuando en un proveído interlocutorio se ordenan pruebas, o cuando en una sentencia de instancia se decretan nulidades o se declara la extinción de la acción penal por un delito o respecto de uno de los procesados, sin que ello traduzca modificación de la naturaleza jurídica de la decisión de menor entidad, la cual continúa definiéndose por su contenido, conforme a la clasificación que de las providencias judiciales trae el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal.

Dicho carácter impide que en su contra pueda plantearse censura alguna en sede de casación, pues este recurso extraordinario

*solamente procede contra sentencia, específicamente contra sentencia de segunda instancia.*¹

Pues bien, se tiene que el Tribunal avocó el conocimiento del recurso de apelación interpuesto por la defensa del acusado, procediendo a desatarlo tras declararse competente para ese efecto.

Así, abordó los aspectos valorativos relacionados con la calificación jurídica de las conductas reprochadas al procesado MERIZALDE BERMÚDEZ en el fallo de condena de primera instancia, encontrando en ese estudio de tipicidad, en función de las reglas del concurso de conductas punibles, la imposibilidad de derivar la circunstancia de agravación punitiva del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal en el delito de *Actos sexuales con menor de catorce años*, como quiera que supondría una doble valoración jurídica cuando, como en este caso, es concurrente con la conducta de *Incesto* cometido sobre su propia hija.

En realidad, el conocimiento y resolución de asuntos relacionados con la tipicidad de las conductas punibles constituye uno de los aspectos neurálgicos del proceso penal, en tanto, según lo prescribe el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para condenar se requiere «*el conocimiento*

¹ CSJ, SP, jul. 3 1996, rad. 11186. En el mismo sentido, CSJ AP, 22 jun. 2005, rad. 23701; CSJ SP, 17 ago. 2005, rad. 22565; CSJ AP, 20 abr. 2007, rad. 23078; CSJ AP, 30 may. 2007, rad. 27036; CSJ AP, 14 abr. 2010, rad. 33648; CSJ SP, 18 ene. 2012, rad. 36841; CSJ AP-4983-2014, 27 ago. 2014, rad. 43719; CSJ SP-6808-2016, 25 may. 2016, rad. 43837.

más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado».

En consecuencia, la demostración de la conducta punible se encuentra condicionada por la estructura del tipo penal. Por lo tanto, la concurrencia o no de circunstancias de agravación punitiva y la determinación de la unidad o pluralidad de acciones típicas, hacen parte de la sistemática del delito, y de su desarrollo y concreción dependerá la sanción que debe imponerse, una vez se acredite la responsabilidad que en ellas asiste al procesado.

Lo anterior para significar que, sin duda, el Tribunal, cuando resolvió en torno a asuntos relacionados con la adecuación típica de las conductas endilgadas al procesado, decidió sobre aspectos sustanciales del delito o, lo que es lo mismo, “*sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión*”, según la definición del artículo 161 de la Ley 906 de 2004.

Por lo tanto, la calidad de sentencia o de auto interlocutorio se define por su contenido, pudiendo coexistir diversas decisiones de una u otra condición dentro de la misma providencia judicial. Sin duda, en este caso corresponde a una sentencia la decisión atinente a la tipicidad de la conducta, con prescindencia de que en el mismo proveído, formalmente entendido, se hayan tomado otras determinaciones cuya naturaleza jurídica responda al de un auto interlocutorio.

En esa perspectiva, se advierte que el juez *ad quem* determinó *revocar* la decisión de primera instancia sobre aquel asunto en particular, anunciando una diferente calificación de las conductas, fijando de esa manera la premisa jurídica en la que sustentó la declaración de prescripción de la acción penal derivada de los delitos que constituyeron el objeto de condena, con la modificación sustancial en materia de tipicidad.

Con lo anterior, se estima que además de hallarse legitimado el representante judicial de las víctimas para recurrir en casación, es procedente el recurso extraordinario contra la decisión recurrida, por lo que la Sala entrará en el estudio de fondo de la demanda.

2. Cargo único: violación directa.

El demandante acusa el fallo de segunda instancia por la violación directa de la ley sustancial. En tal evento la labor de demostración del vicio debió centrarse en la acreditación de un yerro de juicio respecto del precepto que se ocupa de regular el supuesto fáctico, evidenciando, de manera lógica y detallada, que el juzgador seleccionó una norma que no era la llamada a gobernar el asunto (aplicación indebida), omitió otra que sí resolvía los extremos de la relación jurídico procesal (falta de aplicación o exclusión evidente) o, habiéndola seleccionado correctamente, al aplicarla al caso le atribuyó un sentido

jurídico que no tiene o le extendió consecuencias contrarias a su naturaleza jurídica (interpretación errónea)².

La censura se edifica, de acuerdo al contenido de la demanda, sobre la idea de la aplicación indebida del artículo 237 del Código Penal, lo que condujo a la falta de aplicación del numeral 2 del artículo 211 ibídem. Tales errores son producto, según lo fundamenta el recurrente, del desconocimiento de los principios que informan el sistema acusatorio en el proceso penal colombiano, especialmente, de la separación de roles de juzgador y acusador, la función requirente en manos de la Fiscalía y, con ello, de la ausencia de control judicial de la acusación.

Con lo anterior, entiende el demandante que el Tribunal desbordó sus atribuciones cuando en su decisión de segunda instancia modificó la calificación jurídica presentada por la Fiscalía en el acto complejo de su acusación, con lo cual incursionó en vedados terrenos del control material sobre la función requirente del titular de la acción penal y desconoció su verdadera «*intención persecutoria*».

Es cierto, como lo recuerda el demandante, que la Sala de manera repetida ha precisado la carencia de competencia del juez para delinear los límites de la acusación y, en general para ejercer algún control material en relación con la tipicidad de la conducta, tanto en lo

² CSJ SP, 9 de mar. 2011, rad. 34316; 11 de abr. 2007, rad. 23667; 6 jun. 2007, rad. 18515; 26 abr. 2007, rad. 26928.

jurídico propiamente dicho como en lo probatorio, como quiera que en atención de la estricta separación de las funciones de acusación y juzgamiento, así como de la garantía de imparcialidad judicial, la titularidad de la acción penal la ostenta la Fiscalía³.

Es por ello que la Corte ha relevado que *«el control material de la acusación, bien sea por el trámite ordinario o por la terminación anticipada de la actuación, es incompatible con el papel imparcial que ha de fungir el juez en un modelo acusatorio»*⁴.

Sin embargo, de la competencia de la Fiscalía para convocar al imputado a juicio y para determinar el marco jurídico de la acusación, no se sigue que el juez esté desprovisto del poder de decisión en relación con el objeto del proceso penal, por lo que mal puede sostenerse, como lo hace el recurrente, que la ausencia de control material de la acusación se extiende a la decisión judicial recogida en la sentencia.

Precisamente, en virtud de la separación de las obligaciones de acusación y juzgamiento contenida como principio en la Ley 906 de 2004, se deriva que la función requirente está en manos de la Fiscalía y la jurisdiccional en las del juez de conocimiento. Por tal razón, con las limitaciones que impone el principio de congruencia, en

³ Cfr. CSJ AP, 21 mar. 2012, rad. 38256; CSJ SP, 6 feb. 2013, rad. 39.892; CSJ SP-9853-2014, 16 jul. 2014, rad. 40.871; CSJ AP-4219-2016, 29 jun. 2016, rad. 45819.

⁴ CSJ AP, 16 oct. 2013, rad. 39886.

términos de consonancia entre acusación y fallo, de tal forma que el juicio y la sentencia deben circunscribirse a los lineamientos fácticos y jurídicos precisados en aquel acto complejo acusatorio, corresponde de manera exclusiva al juez de conocimiento el poder de decisión para resolver sobre la pretensión del acusador en materia de los hechos investigados, la responsabilidad penal del acusado y las consecuencias jurídicas.

Así lo ha precisado la Sala:

*Es claro, entonces, que frente a la sentencia que debe producirse luego de surtido el juicio oral, el poder de decisión siempre reposa en el juez de conocimiento y que, en consecuencia, en el delegado de la Fiscalía radica sólo un poder de postulación que se ejerce desde la misma presentación de la acusación y culmina con las alegaciones posteriores al debate probatorio en la etapa de juzgamiento.*⁵

Adicionalmente, debe tenerse presente, que en la interpretación del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, la Sala ha sostenido que el principio de congruencia puede tolerar modificaciones en lo jurídico, siempre y cuando represente un beneficio para el acusado, pues aunque, en estricto sentido, se le condene por un delito que no fue el controvertido, se justifica la excepción por el efecto favorable que produce respecto de la adecuación típica inicialmente formulada en la acusación, lo que está condicionado a que se respeten los hechos y que el cambio de calificación se

⁵ CSJ SP-6808-2016, 25 may. 2016, rad. 43837.

oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad⁶.

De allí que, en el caso presente, ninguna irregularidad en materia de los principios relacionados con la separación de las funciones del requirente y las funciones jurisdiccionales, se desprende del hecho de que en la decisión judicial del Tribunal que resolvió en torno al objeto del proceso penal, se modificara la calificación jurídica en términos de sostenerse la existencia de un concurso aparente de conductas punibles entre los delitos de *Incesto* y la agravante del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal *Actos sexuales con menor de catorce años* de la circunstancia de agravación punitiva del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, procediéndose a la eliminación de la circunstancia de agravación punitiva en procura de restablecer la garantía del *non bis in idem*.

Claramente, como lo puntualizó el Tribunal, en este caso se respetó el núcleo fáctico de la acusación, puesto que la variación jurídica en la calificación de la conducta obedeció a las mismas conductas punibles y el cambio de calificación representó una orientación jurídica favorable a los intereses del procesado.

Todo esto para significar que, de acuerdo a la constatación que se puede hacer de la decisión recurrida, es imprecisa la fundamentación teórica que ofrece en su

⁶ CSJ SP-3623-2014, 12 mar. 2014, rad. 36108; CSJ AP-5715-2014, 24 sep. 2014, rad. 44458.

reproche el apoderado de las víctimas, en tanto no se advierte que sea cierto que el juzgador usurpó la función requirente de la Fiscalía y tampoco es verdad que haya llevado a cabo un control material sobre la acusación, pues en realidad su intervención estuvo delimitada por su atribución legal del poder de decisión.

En consecuencia, es lejana a la realidad procesal la afirmación del censor en el sentido que el *ad quem* modificó la pretensión del acusador, pues en verdad lo que hizo, prevalido de su poder decisorio y en virtud del principio de legalidad al que se encuentra obligado, fue modificar el fallo del juez de primera instancia.

De otro lado, la alegación que introduce el demandante en relación con la «*intención persecutoria de la Fiscalía General de la Nación*», carece de fundamento y un argumento de esa especie no puede sustentar la presencia de algún desafuero por parte del Tribunal.

Al respecto, el recurrente sostiene que la intención primera del representante de la Fiscalía fue «*perseguir inicialmente el acto sexual abusivo con menor de catorce (14) años agravado en concurso homogéneo y sucesivo. Y dejó para perseguir de manera secundaria otra conducta en concurso heterogéneo: el incesto*».

Tal afirmación desconoce claramente el principio de corrección material, acorde con el cual las razones, fundamentos y contenido del ataque deben corresponder en

un todo con la realidad procesal⁷, pues no es cierto que la pretensión del fiscal del caso estuviera edificada sobre la «*intención*» de hacer prevalecer un delito sobre el otro de los que imputó al acusado.

Según puede constatar la Sala, ninguna manifestación en ese sentido se advierte por el Fiscal en el escrito de acusación y en la audiencia respectiva, y tampoco tenía por qué hacerla cuando precisó la calificación jurídica como objeto de su pretensión en «*el artículo 209 de nuestro ordenamiento penal, Actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado por el artículo 211 de la misma codificación, en sus numerales 2º y 4º, en concurso homogéneo y sucesivo y en concurso heterogéneo con Incesto, artículo 237 del Código Penal, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004*»⁸.

Además, la sinrazón en el argumento del demandante se revela cuando estima que el juez de segunda instancia debía resolver el planteado concurso aparente de conductas punibles –sobre el cual no ofrece discusión–, eliminando en la calificación jurídica el delito de *Incesto*, en tanto debió pronunciarse inicialmente sobre la circunstancia de agravación punitiva del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, puesto que fue en ese orden en que se planteó la adecuación típica por parte del acusador.

⁷ CSJ AP, 2 may. 2012, rad. 26846.

⁸ Fls. 59, cuaderno 1.

En realidad, la estructura dogmática del concurso de conductas punibles, no responde a la idea de delitos principales y subsidiarios en virtud de la *intención* del acusador, sino al principio de la unidad de acción o pluralidad de acciones –u omisiones– típicas ubicada sistemáticamente en la teoría del delito y en sus consecuencias jurídicas y que, de acuerdo a las distintas posibilidades previstas en el artículo 31 del Código Penal, obedece a la elaboración ontológica–normativa de las conductas punibles.

En este caso, según se encuentra consignado en los fallos, se estimó por los juzgadores la presencia de un concurso ideal de conductas punibles en relación con los delitos de *Incesto y Actos sexuales con menor de catorce años*, aspecto que no fue controvertido por el representante de la víctima.

Pero además, el Tribunal revocó la decisión de primera instancia, en procura de restablecer la garantía procesal del *non bis in ídem*, siguiendo una posición suficientemente decantada y consolidada por la Corte⁹, en el sentido de comprender que la agravante del numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, referida al carácter, posición o cargo que le dio al victimario particular autoridad sobre la víctima o la impulsó a depositar en él su confianza, se dedujo sobre la base consanguínea existente entre ellos –padre e hija–, por lo que la relación de parentesco no podía constituirse en circunstancia de agravación punitiva del delito *Actos*

⁹ Cfr. CSJ SP, 25 may. 2011, rad. 34133; CSJ SP, 31 oct. 2012, rad. 33657.

sexuales con menor de catorce años, cuando ese mismo supuesto de hecho conforma la estructura típica del Incesto.

Dicha posición dogmática, ha sido reiterada por esta Corporación de la siguiente manera:

Ocurre que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2011, dictada dentro de la radicación 34133, es decir, posterior a los fallos de primera y segunda instancia, sentó el criterio según el cual vulnera el principio non bis in ídem condenar simultáneamente por la circunstancia de agravación en mención y por el delito de incesto cuando el “carácter, posición o cargo” a que se refiere el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal se deriva exclusivamente de que el responsable ostenta la condición de padre de la víctima.

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

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

la segunda de esas decisiones, en efecto, se concluyó lo siguiente:

“... aparece implícito, tanto en la acusación como en la sentencia del a quo, que la agravante referida al carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza, se dedujo sobre la base de la relación consanguínea que existía entre víctima y victimario, de padre a hija, por ende ese parentesco no podía constituirse en motivo de agravación de los actos sexuales con menor de 14 años, cuando él aparece a modo de elemento del delito de incesto que le fuera igualmente imputado al procesado, porque el artículo 237 de la Ley 599 de 2000 sanciona precisamente a quien realice acceso carnal u otro acto sexual con un descendiente, de ahí que habrá de excluirse de la imputación ese motivo de incremento punitivo”.

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

En el evento objeto de examen, como quedó visto, se condenó a XXX, de una parte, por el delito de acceso carnal violento con la agravante contemplada en el numeral segundo del artículo 211 del Código Penal y, de la otra, por el punible de incesto, pero el elemento necesario para la atribución de la causal de mayor punibilidad, esto es, el “carácter, posición o cargo” se derivó

exclusivamente de la condición de padre biológico ostentada por el sentenciado respecto de la víctima. Tal proceder, al tenor de la jurisprudencia actual de la Corte, constituye vulneración al principio non bis in ídem, porque cuando ocurren casos como ese sólo resulta viable condenar por incesto, sin considerar la agravante en mención.¹⁰

Con lo anterior, debe concluirse, frente al reclamo cifrado en la «*intención*» de la Fiscalía, que se trata de un asunto atinente por completo a la estricta legalidad, reglado en el ordenamiento jurídico para el concurso de conductas punibles, lo que por supuesto no podía hacerse depender de la voluntad supuesta del órgano de persecución penal o del orden en que nominó en su acusación los delitos concursales, sino de la definición de su pretensión por parte de la jurisdicción con apego a las reglas de interpretación en la concurrencia de pluralidad de conductas punibles, aspecto que el *ad quem* fundamentó en decantada línea jurisprudencial de la Sala y sobre el que en realidad no se argumentó por el demandante la existencia de un yerro propio de la violación directa postulada.

En suma, el planteamiento ofrecido por el demandante para atacar la decisión del Tribunal, se asienta sobre una fundamentación irreal, invocando una intención inexistente en la acusación, que en modo alguno consulta la naturaleza de la pretensión punitiva cuya titularidad ostenta la Fiscalía y, mucho menos, responde a la estructura de la función jurisdiccional en punto de la resolución de dicha

¹⁰ CSJ SP-17447-2016, 30 nov. 2016, rad. 45986.

pretensión, por lo que el único reproche formulado no atiende las condiciones del error denunciado.

Ahora bien, según puede verificarlo la Sala, la declaración de prescripción de la acción penal, frente a los dos delitos definidos por el juzgador, se asienta sobre las reglas que gobiernan dicho instituto en los artículos 83 y 86 del Código Penal.

Así, se tiene que el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, previsto artículo 209 del Código Penal, vigente para la época de los hechos cometidos hasta el año 2005, con el incremento punitivo contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, tenía prevista una sanción máxima de noventa (90) meses de prisión, término prescriptivo¹¹ interrumpido con la audiencia de imputación, llevada a cabo el 16 de febrero de 2009; por lo que, conforme a lo reglado en el artículo 86 *íbidem*¹², el tiempo de prescripción (45 meses) se cumplió el 15 de noviembre de 2012, antes de emitirse la sentencia de primero y segundo grado, dictadas el 15 de agosto y 30 de septiembre de 2014, respectivamente.

¹¹ Artículo 83. *Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20)....*

¹² Artículo 86, modificado por el artículo 6 de la Ley 890 de 2004. *La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).*

Así mismo, en lo que respecta al delito de *Incesto* (artículo 237 del Código Penal), para el momento de los hechos tenía prevista pena máxima de setenta y dos (72) meses de prisión, por lo que el término de prescripción (36 meses)¹³, tras la misma interrupción, se cumplió el 15 de febrero de 2012, fecha anterior a las decisiones de primera y segunda instancia.

Bajo estas consideraciones, se impone ineludible no casar la sentencia recurrida.

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,

R E S U E L V E

NO CASAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de septiembre de 2014, mediante la cual revocó el fallo emitido por el Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esta ciudad, el 15 de agosto de 2014, y decretó prescrita la acción penal derivada de los delitos de *Incesto* y *Actos sexuales con menor de catorce años*.

Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

¹³ Artículos 86 y 292 del Código Penal y de la Ley 906 de 2004, respectivamente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al
Despacho de origen.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Casación

Rdo. 45520.

Acta 159 de 23 de mayo de 2018.

Procesado: JUAN MANUEL MERIZALDE BERMÚDEZ

Delito incesto y Actos sexuales con menor de edad.

En las diligencias de la referencia me aparto del criterio mayoritario, estimo que la providencia recurrida en casación fue un auto interlocutorio y no una sentencia de segunda instancia.

1. Antecedentes.

El Juzgado Décimo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Bogotá el 15 de agosto de 2014 profirió condena en contra de JUAN MANUEL MERIZALDE BERMÚDEZ por los delitos de incesto y actos sexuales con menor de catorce años.

El 30 de septiembre de 2014 la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado, se lee en la decisión de la Corte, decidió:

“revocar la sentencia de primera instancia, modificando la calificación jurídica en sentido de eliminar las circunstancias de agravación punitiva del delito de actos sexuales con menor y de catorce años. Como consecuencia de ello decretó la prescripción de la acción penal derivada de los delitos”.

La víctima interpuso recurso de casación contra la providencia del Tribunal y la Corte Suprema admitió la demanda y ha resuelto el recurso no casando y en sus consideraciones sostuvo que la decisión recurrida se trataba de una sentencia de segunda instancia porque:

“..., el conocimiento y resolución de asuntos relacionados con la tipicidad de las conductas punibles constituye uno de los aspectos neurálgicos del proceso penal, en tanto, según lo prescribe el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para CONDENAR SE REQUIERE “el conocimiento más allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado”.

Agrega, que:

“... el Tribunal, cuando resolvió en torno a asuntos relacionados con la adecuación típica....decidió sobre aspectos sustanciales del delito o, lo que es lo mismo, “sobre el objeto del proceso”.

2. Consecuencias de la prescripción de la acción penal.

Con criterio uniforme la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo que la prescripción de la acción penal extingue la potestad del Estado a través de los jueces y magistrados de investigar y sancionar la conducta punible. Ocurrida esa hipótesis no pueden los administradores de justicia adoptar una decisión distinta que la de extinguir la acción penal o la pena, según el caso. Así lo ha expresado por ejemplo en el radicado 45520 en providencia de fecha 23 de mayo de 2018.

Pero, en qué momento se consolida y produce efectos jurídicos la prescripción, por el transcurso del tiempo establecido en la ley o es necesaria una decisión judicial que así lo declare. La primera es la exigencia legal requerida para que desaparezcan las potestades de investigar y sancionar por prescripción.

Desde luego que conforme a las regulaciones de los artículos 83 y siguientes del C.P., el lapso de prescripción de la acción penal depende del máximo de la pena prevista en el tipo penal en que se adecúe la conducta, rigiendo la tipicidad que se haya definido en el proceso.

3. Qué es una sentencia y un auto.

3.1. Concepto.

El artículo 169 de la Ley 600 de 2000 establece la naturaleza de las sentencias en el proceso penal a partir de providencia que decide y siempre que lo haga respecto del “objeto del proceso”, admitiendo que puede ocurrir en primera o segunda instancia, al resolverse el recurso de casación o la acción de revisión.

Para los autos interlocutorios su naturaleza la hace depender la Ley 600 de 2000 por “resolver” un incidente o un “aspecto sustancial”.

El artículo 161 de la Ley 906 de 2004 reproduce idénticamente el concepto de sentencia y de auto interlocutorio que trae la Ley 600 de 2000 para el sistema acusatorio.

El objeto del proceso propio de la sentencia en los procesos penales, por voluntad del legislador, por gramática del texto, por integración de la materia regulada en el Código de Procedimiento Penal y la lógica que impone su alcance en el procedimiento para decidir los actos que constituyen presupuesto del fallo que ha proferirse, imponen admitir que la decisión o la sentencia resuelve el problema jurídico principal, lo hace de manera definitiva, pone fin al proceso con el carácter de cosa juzgada a la discusión que hizo nacer la relación procesal entre las partes, determina que solución se da al problema jurídico y que solamente puede ser la que se vincula con la absolución o la condena del procesado respecto de un supuesto delictivo.

El incidente o aspecto sustancial de que se ocupa un auto no se identifica con el objeto principal del proceso, se pronuncia no sobre el todo sino sobre una parte que es secundaria o complementaria, sin decidir sobre la inocencia o culpabilidad por la conducta punible.

No se adelanta un proceso penal única y exclusivamente para resolver en qué tipo penal se adecuan unos hechos (tipicidad o legalidad), pues si no se decide si la persona es inocente o responsable no se habrá resuelto el objeto del proceso, en ese caso el pronunciamiento resuelve un aspecto sustancial pero no lo principal del problema jurídico, y así no hay definición del objeto de la acción penal en el trámite adelantado. Tampoco se agota un rito penal con sentencia para declarar una nulidad y no más, o determinar un autor, o practicar o no una prueba,

establecer si una persona es o no imputable, o definir la restitución de un bien, o cuestionar un dictamen pericial y concretar los daños y perjuicios, sin que además de desatar esos temas se decida quién es culpable o inocente del delito atribuido.

Una providencia que no decide sobre la inocencia o la culpabilidad del procesado, que no lo declara inocente o lo condena, no es sentencia, es un auto, porque solamente resuelven un aspecto sustancial del proceso pero no el objeto del mismo, como ocurre con las providencias que declaran la preclusión o cesación de procedimiento por prescripción de la acción penal, muerte, caducidad, falta de querella o petición especial, muerte del procesado.

La instancia o el recurso que se resuelve no necesariamente le da la naturaleza a la providencia, es el objeto decidido, el tema resuelto y el sentido adoptado, de tal forma que solamente será sentencia si absuelve o condena, porque si la providencia acude a diversos argumentos pero no condena ni absuelve, sino que decide precluir o cesar el procedimiento por razones como las señaladas en el párrafo anterior, la decisión no es sentencia, es auto, independientemente de que se profiera en el sumario, la causa, en segunda instancia o en casación.

No todas las decisiones en el trámite del recurso de casación constituyan sentencia, si no condena o absuelve no es fallo, es auto.

El artículo 217 de la Ley 600 de 2000 solamente les reconoce el carácter de sentencia y así expresamente se anuncia cuando por vía del recurso extraordinario se acepte las causales primera, segunda y la nulidad, pero ésta última tendrá esa naturaleza únicamente según el texto legal citado en el evento en que solamente se afecte la sentencia recurrida, caso en el cual se dicta la sustitutiva condenando o absolviendo. Con esta excepción se ratifica que las demás que reconozcan nulidades o errores in procedendo no son sentencia, son autos y, así se lee en el numeral segundo del artículo en mención que advierte al aceptarse la causal tercera que se declarará en qué estado queda el proceso y se remite al competente para que se obre de conformidad con lo “resuelto”. Obsérvese que en el numeral segundo no se denomina a la decisión “fallo” como si se hizo en el numeral primero y además se utiliza la expresión “resuelto” que es la misma a la que se alude para los autos en el numeral segundo del artículo 169 para caracterizar los autos y no se usó la expresión “deciden” que en esta última disposición se invocó para las sentencias.

En los términos explicados se concibieron las decisiones del recurso de casación en la Ley 906 de 2004 en el artículo 185, por lo que en este estatuto caben las consideraciones que vienen de hacerse en el párrafo anterior.

Que el objeto de las sentencias en Colombia para los procesos penales solamente son las que absuelven o condenan, es asunto que se estableció por el legislador, así

por ejemplo en la Ley 600 de 2000, en el artículo 170, se determinaron los elementos que debía resolver un fallo penal para que decidiera el objeto del proceso y de los 10 numerales que se mencionan en la norma solamente es pertinente en este caso citar los de los numerales 5° y 7°, porque es el tema de discrepancia con el criterio mayoritario de la Sala.

La sentencia conforme al artículo 170 de la Ley 600 de 2000 debe pronunciarse sobre el numeral 5° que corresponde a “La calificación jurídica de los hechos y de la situación del procesado”, si el enunciado normativo establece que “Toda sentencia contendrá” y establece 10 exigencias, pronunciarse solamente por la del numeral 5° y no sobre los demás hará de esa providencia una sentencia?. La respuesta es no.

Pero para despejar dudas, el numeral 7 del artículo 170 del C. de P.P. establece como requisito y condición o presupuesto de una providencia para que sea sentencia en materia penal: “La **condena** a las penas principal o sustitutiva y accesorias que corresponden, o la **absolución**”. Por tanto, la absolución o condena es el objeto de la sentencia, por definición legal, no de los autos.

La Ley 906 de 2004 en el artículo 162 el legislador a diferencia de lo que había hecho en la Ley 600 de 2000 no se refirió a los requisitos específicos de la sentencia, de los que la caracterizaban como tal, el texto anunció los que resultaban comunes a los autos y sentencias, luego las

menciones que se hacen allí no permiten diferenciar cuando es un fallo o no. Entre esos requisitos comunes se mencionó en el numeral 4 “La fundamentación fáctica, probatoria y jurídica” y el numeral 5 anunció la “Decisión adoptada”.

El sistema acusatorio hace mención a requisitos genéricos no específicos, mientras que la Ley 600 sí aludió a estos últimos. El hecho de que el artículo 170 de esta última codificación no se haya reproducido en la Ley 906 de 2004 no quiere decir que la caracterización y exigencias específicas de las sentencias desaparecieran y no sean esas las condiciones que diferencian un auto de una sentencia (numeral 7 del artículo 170). Esta es la interpretación que procede porque el artículo 166 del sistema acusatorio hace mención a que en las sentencias se imponen penas o se absuelve, en idénticos términos se hace regulación en el artículo 447 *ibídem*. Ni la Ley 600 de 2000 ni la Ley 906 de 2004 admiten para las sentencias un objeto diferente al de absolver o condenar.

Por las razones expuestas estimo que en este caso la decisión del Tribunal de Bogotá de 30 de septiembre de 2014 no es una sentencia de segunda instancia sino un auto que no admite recurso de casación y por tanto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia no debió admitir la demanda y tampoco proferir fallo de casación como lo ha hecho.

La Corte estimó que la decisión del Tribunal era sentencia porque había hecho pronunciamiento sobre la calificación

jurídica de la conducta, citando como fundamento jurídico el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 que se refiere a los requisitos de las sentencias condenatorias, pero la providencia del Tribunal no condenó ni absolvió sino que recluyó por prescripción de la acción penal.

Respetuosamente,

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Magistrado
Fecha ut supra.