



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO
Magistrado ponente

SP4797-2019
Radicado N° 54132.
Acta 296.

Bogotá, D.C., seis (6) noviembre de dos mil diecinueve (2019).

V I S T O S

Se profiere fallo de casación oficioso en el proceso seguido contra JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS, condenado a 154 meses de prisión y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, prohibición de

acercarse y comunicarse con la víctima y su grupo familiar y ejercer cualquier actividad que esté relacionada o que involucre el acercamiento a menor de edad, luego de hallarlo autor penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.

A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

El 4 de febrero de 2014, aproximadamente a las 14:30 horas, el menor S.G.S., quien para esa fecha tenía 12 años de edad, ingresó al inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá, calle 1D N° 40D-25, donde residía **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS**, oportunidad que éste último aprovechó para acariciarlo, besarlo y finalmente introducir en su boca los testículos y el pene del menor.

2. Procesales

Previa solicitud¹ del Fiscal Seccional 368 de Bogotá, el 28 de marzo de 2014 se celebraron ante el Juzgado Setenta Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esa misma ciudad, las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS**, a quien se le imputó el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado

¹ A folios 8 y 9, carpeta 1.

en calidad de autor (artículos 208 y 211 numerales 2º y 7º - en razón de la edad de la víctima- de la Ley 599 de 2000, modificado por la Ley 1236 de 2008)², cargo que no fue aceptado por el implicado³.

Seguidamente, la fiscalía solicitó⁴ medida de aseguramiento para el imputado, a lo cual accedió el juez con función de control de garantías, quien le impuso detención preventiva en establecimiento de reclusión⁵.

El 10 de junio de 2014, el delegado de la fiscalía presentó escrito de acusación⁶, que correspondió al Juzgado 16 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, ante el cual se llevó a cabo la audiencia para tal fin el 11 de diciembre de ese mismo año, oportunidad en la que la Fiscalía acusó a **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS** por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado (artículos 209 y 211 numeral 7º de la Ley 599 de 2000).⁷

La audiencia preparatoria se celebró el 20 de febrero de 2015. El juicio oral inició el 18 de marzo de ese mismo año, y luego de varias sesiones culminó el 11 de diciembre de

² A partir del record 42:16, registro 110014009070_4.

³ A partir del record 00:37, registro 110014009070_5.

⁴ A partir del record 01:16, Ib.

⁵ A partir del record 31:51.

⁶ A folios 18 a 22, carpeta 1.

⁷ A partir del record 15:01.

2017, con el anuncio del sentido de fallo de carácter condenatorio⁸.

La lectura de la sentencia⁹ tuvo lugar el 19 siguientes; por intermedio de ella se condenó a **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS**, como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado, a 154 meses de prisión y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima y su grupo familiar y ejercer cualquier actividad que esté relacionada o que involucre el acercamiento a menor de edad, por el mismo término de la sanción principal. Se negaron, la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Recurrida la decisión por la defensa material y técnica, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 29 de agosto de 2018¹⁰, confirmó el fallo confutado, lo que motivó la interposición del recurso extraordinario de casación y la consecuente presentación de la demanda por la misma parte, que fue inadmitida por la Sala en decisión CSJ AP3958-2019, rad. 54132. Sin embargo, al detectar una posible irregularidad sustancial que pudo afectar las garantías del acusado, se dispuso que una vez tal decisión cobrara ejecutoria, el asunto regresara a estudio para hacer el debido pronunciamiento.

⁸ A partir del record 1:09:23.

⁹ A folios 133 a 172, carpeta 2.

¹⁰ A folios 108 a 140, carpeta del Tribunal.

Superado el término para acudir al trámite de insistencia, se impone ahora resolver la cuestión oficiosa planteada por la Sala.

CONSIDERACIONES

La Corte desde ya advierte que dentro del presente asunto los falladores vulneraron el principio de *non bis in idem*, por lo que esta Corporación, de manera oficiosa, restablecerá las garantías conculcadas. Lo anterior, por cuanto que el recurso extraordinario de casación se erige como una herramienta idónea y eficaz para la salvaguarda de los derechos y las prerrogativas de todas las partes e intervinientes del proceso penal, cuando han sido lesionadas por los jueces de las instancias ordinarias.

El numeral 7° del artículo 211 del Código Penal, adicionado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008, estableció la siguiente circunstancia de agravación punitiva para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales:

«Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio».

La Corte Constitucional en la sentencia CC C -164/19 proferida el 10 de abril de 2019 – esto es, varios meses después de que se emitiera la decisión de segunda instancia dentro de este asunto (29 de agosto de 2018)-, declaró la exequibilidad condicionada de la expresión: «*Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad*» contenida en la norma transcrita, en el entendido de que no está llamada a agravar las conductas tipificadas en los artículos 208 – acceso carnal abusivo con menor de catorce años - y 209 – actos sexuales con menor de catorce años- del Código Penal.

Estos fueron los argumentos expuestos por aquella Corporación:

«6.5.2. Uno de los principios que se erigió en la Carta de 1991 al rango de garantía constitucional es el denominado *non bis in idem*, el cual se encuentra previsto en el artículo 29 del Texto Superior, cuando al referir a los elementos que integran el derecho fundamental al debido proceso, señala que “[q]uien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Este mandato ha sido aplicado en la dogmática penal, sin perjuicio de su exigibilidad en todo el universo del derecho sancionatorio, en el sentido de impedir una doble imputación y/o un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho, independientemente de si la persona fue absuelta o condenada. Precisamente, al analizar el alcance del citado artículo 29 de la Carta, este Tribunal señaló que el ámbito de protección del referido principio no se dirige a prohibir únicamente la doble sanción, pues no existe justificación válida para someter a una persona a juicios sucesivos soportados en una misma conducta. En este sentido, en criterio de la Corte, la expresión “*juzgado*”, que se utiliza como soporte del principio del *non bis in idem*, debe interpretarse en un sentido amplio, en el cual se involucren “las diferentes etapas del proceso

y no solo la instancia final, es decir, la correspondiente a la decisión”¹¹.

En línea con lo anterior, esta Corporación ha identificado que dicho principio acarrea para el legislador la prohibición de “(i) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona *por un delito* por el cual ya había sido juzgada –absuelta o condenada– en un proceso penal anterior terminado^[12]; (ii) investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona *por un hecho por el cual ya había sido absuelta* por una sentencia en firme^[13]; (iii) penar a una persona *por un hecho por el cual ya había sido penada* por una sentencia en firme^[14]; y, (iv) agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal”¹⁵.
(...)

6.6.3. En línea con lo expuesto, como se deriva de la explicación dada con anterioridad, cabe afirmar que el único requisito para que la norma acusada pueda ser objeto de aplicación a los menores de 14 años, es que esa categoría de sujetos, *en razón de su edad*, se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Sobre este particular, como lo afirma la Fiscalía, este Tribunal ya tomó una decisión, al prescribir que las personas menores de 14 años son sujetos de especial protección constitucional, como se deriva de lo previsto en el artículo 44 del Texto Superior, “(...) por

¹¹ Sentencia C-478 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹² Esta manifestación del principio non bis in idem se origina de lo previsto en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en la que la prohibición se vincula de forma estrecha con el carácter delictivo de la conducta ya enjuiciada. Expresamente, en la norma en cita se dispone que: “**Artículo 14. (...) 7.** Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

¹³ En este caso, la prohibición no está restringida a la hipótesis de que una persona hubiera sido condenada o absuelta por el mismo delito, sino que impide que se adelante una nueva investigación o que se someta a un nuevo enjuiciamiento a una persona, que ya había sido absuelta por una decisión judicial en firme, por el mismo hecho. Al respecto, el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “**Artículo 8. Garantías judiciales. (...) 4.** El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

¹⁴ Esta hipótesis está llamada a operar en los casos no regulados por las dos prohibiciones anteriores. Se aplica en aquellos eventos en los cuales el Estado investiga, acusa, enjuicia, condena y sanciona penalmente a una persona por un delito por el cual, si bien no había sido juzgada, la conducta reprochada sí constituyó el fundamento de la condena impuesta en relación con otro comportamiento punible.

¹⁵ Sentencia C-521 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa. Énfasis por fuera del texto original.

*la **situación de vulnerabilidad** e indefensión en que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez (...)*¹⁶.

Precisamente, siguiendo la jurisprudencia constitucional sobre la materia, es claro que los sujetos de especial protección constitucional son personas que en razón a sus condiciones particulares requieren una acción afirmativa por parte del Estado, con el fin de lograr una igualdad real y efectiva¹⁷. Esta categoría tiene como sustento el artículo 13 de la Constitución que establece un criterio de justicia material, en virtud del cual el Estado deberá proteger a las personas que se encuentran en debilidad manifiesta, y a quienes sean marginados o discriminados debido a sus condiciones económicas, físicas, psicológicas o sociales¹⁸.

Desde la Constitución, los niños han sido categorizados como sujetos de especial protección constitucional (CP art. 44¹⁹), asignando al Estado y a la sociedad el deber de protegerlos y de velar por sus derechos. En respuesta a esta finalidad, la jurisprudencia de la Corte ha seguido un criterio uniforme, por virtud del cual se considera que los menores se encuentran en situación de vulnerabilidad al tratarse de una población frágil, en proceso de formación y en desarrollo de sus facultades y atributos personales, circunstancia que los hace merecedores de especial atención²⁰. En este contexto, en la Sentencia T-466 de 2006²¹,

¹⁶ Explicación de la Fiscalía en la que se toma como base la Sentencia T-029 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Folio 62.

¹⁷ Véanse, entre otras, las Sentencias T-495 de 2010, T-167 de 2011, T-014 de 2012 y T-736 de 2013.

¹⁸ “**Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. // El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

¹⁹ “**Artículo 44.** Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. // La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. // Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

²⁰ Sentencias C-172 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, y T-200 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos.

²¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

al hacer referencia a los principios de protección especial de la niñez y de promoción de su interés superior, este Tribunal explicó que los cuidados diferenciados que se deben tener respecto de los niños se originan de su *“falta de madurez física y mental”*, lo que los pone en una situación de indefensión frente a cualquier tipo de riesgo.

De igual manera, en la Sentencia C-318 de 2003²², esta Corporación señaló que las razones que fundamentan la protección especial que demandan los niños, entre ellos, los menores de 14 años, son: “(i) el respeto de la dignidad humana (...); (ii) su indefensión o *vulnerabilidad*, por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social; y, (iii) el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos.”²³

A lo luz de los citados pronunciamientos, es claro que los menores de 14 años son personas en situación de vulnerabilidad *en razón de su edad*, y lo son por ese simple hecho, puesto que su proceso de desarrollo físico, emocional y mental los pone en condición de indefensión.

6.6.4. Por consiguiente, en la medida en que los menores de 14 años hacen parte de las personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, tal como lo exige el artículo 211, núm. 7, del Código Penal, no cabe duda de que el legislador consagró como causal de agravación punitiva una circunstancia que ya había sido tomada en cuenta como elemento constitutivo de los tipos penales consagrados en los artículos 208 y 209 del estatuto en cita, en los que como sujetos pasivos de las conductas allí descritas, esto es, el acceso carnal abusivo y los actos sexuales, se exige que la persona titular del bien jurídico afectado sea un menor de 14 años. De ahí que, siguiendo las explicaciones realizadas en los numerales 6.5.2 y subsiguientes de esta providencia, la norma acusada infringiría el principio del *non bis in idem*, al desconocer la prohibición de establecer simultáneamente como elemento del tipo y como elemento para agravar la pena, la misma circunstancia de hecho, esto es, que *la víctima sea una persona en situación de vulnerabilidad por ser menor de 14 años*.

No se trata entonces de un aparente problema de aplicación coetánea de la ley penal que pueda ser solventado con el uso de los principios de especialidad, subsidiariedad y consunción, pues es claro que la agravación punitiva se impone **necesariamente de**

²² M.P. Jaime Araujo Rentería.

²³ Énfasis por fuera del texto original. Este pronunciamiento fue reiterado en la Sentencia C-172 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

manera forzosa al autor del delito, y que el juez penal se encuentra sujeto a su aplicación en tal sentido, sin poder recurrir a las citadas herramientas interpretativas propias del proceso de adecuación típica.

En todo caso, para que se configure la vulneración del citado principio del *non bis in idem*, siguiendo la jurisprudencia reiterada de este Tribunal²⁴, es preciso verificar (i) que la conducta agravada recaiga sobre el mismo bien jurídico que el comportamiento punible; (ii) que la investigación y/o sanción a imponer se fundamenten en idénticos ordenamientos punitivos; (iii) que la causal de agravación persiga finalidades idénticas a las buscadas con el tipo; y (iv) que la causal de agravación carezca de un móvil que la justifique, de suerte que en realidad no pueda considerarse que se trata de una modificación a la responsabilidad sustentada en circunstancias de tiempo, modo y lugar que acrediten una mayor lesividad en el bien jurídico protegido.

Al examinar estos requisitos respecto del caso concreto, en primer lugar, se advierte que el comportamiento agravado (*en lo que atañe a la posibilidad de abarcar en su aplicación a los menores de 14 años*) como los hechos punibles previstos en los artículos 208 y 209 del Código Penal, afectan el mismo bien jurídico, esto es, la libertad e integridad en la formación sexual de dichos menores de edad. En segundo lugar, tanto las normas que consagran los tipos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, así como la causal de agravación, tienen su origen en el ordenamiento penal colombiano, por lo que comparten el mismo régimen normativo.

En tercer lugar, las finalidades que se persiguen por ambos instrumentos (*los tipos penales ya descritos y la causal de agravación a partir de la posibilidad de incluir en su aplicación a los menores de 14 años*) son una misma, esto es, reprochar penalmente las relaciones o contactos sexuales que alguien pudiera tener con *una persona en situación de vulnerabilidad por ser menor de 14 años*. Finalmente, no se observa que la causal de agravación tenga un móvil que la justifique, pues, al igual que se resolvió en la Sentencia C-521 de 2009, con independencia de la edad, no se aprecia supuesto alguno para modificar la responsabilidad o para agravar la conducta, a partir de una circunstancia que la dote de mayor lesividad respecto del bien jurídico protegido.

En consecuencia y siguiendo lo expuesto, es claro que aplicar la causal de agravación del artículo 211, numeral 7, del Código Penal, en lo relativo a que la conducta se cometiere sobre personas menores de 14 años en situación de vulnerabilidad en razón de su

²⁴ Tal como se explicó en el acápite 6.5.5 de esta providencia.

edad, a quienes incurran en los delitos tipificados en los artículos 208 y 209 del estatuto en cita, viola el principio del *non bis in idem* (CP art. 29) y, por ese motivo, en esas circunstancias, es inconstitucional. No obstante, como quiera que la causal de agravación es aplicable frente a otros tipos que protegen el mismo bien jurídico (como ocurre con el acceso carnal violento, el acoso sexual, o el acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir), y que, además, su rigor normativo incluye otros sujetos distintos a los menores de 14 años, como sucede con los adultos mayores o los adolescentes entre 15 y 18 años, no cabe proceder a su expulsión del ordenamiento jurídico, por lo que siguiendo el precedente consagrado en la Sentencia C-521 de 2009²⁵ y en aplicación del principio de conservación del derecho, lo que procede, tal como lo solicitan varios de los intervinientes, es declarar la exequibilidad condicionada de la expresión: “*Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad*” contenida en el numeral 7 del artículo 211 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que no está llamada a agravar las conductas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal».

En consonancia con lo anterior, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades que el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho —*non bis in idem*—, establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, comprende las siguientes hipótesis: a) la prohibición de investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya ha sido juzgada en un proceso penal anterior, sea que haya sido absuelta o condenada; y b) la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal (CSJ SP, 10 abril 2013, Rad. 40916; CSJ SP, 31 octubre 2012, Rad. 39489; CSJ SP1549-2019, Rad. 49467; CSJ SP679-2019, Rad. 51951, entre muchas otras).

²⁵ M.P. María Victoria Calle Correa.

Con la anterior claridad, se tiene que en la audiencia de formulación de imputación celebrada el 28 de marzo de 2014, la Fiscalía le imputó a **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS** el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años – artículo 208 del Código Penal- agravado por las circunstancias previstas en el artículo 211 numeral 2º - el responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza- y numeral 7º -Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o señorial, ocupación u oficios-.

Respecto de la última situación fáctica, esto dijo el Fiscal:

«**En este caso, en razón de su edad.** En este caso, se busca, la circunstancia de agravación es cuando se cometiere sobre personas en situación, **en este caso se cometió sobre una persona dada su situación, dada su edad** (sic). Estaba un grupo de personas jugando en un polideportivo y frente al cual se comete esta circunstancia»²⁶.

El defensor se opuso a la imputación de la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 7º del artículo 211 del Código Penal, frente a lo cual esto dijo el delegado de la Fiscalía General de la Nación:

«Es importante precisarle su señoría al señor defensor, en el sentido de que, cuando el artículo 7º del artículo 211 refiere que “si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad”, es porque es frente al mismo *modus operandi*. Esta persona, lo digo de manera respetuosa, seleccionó a un grupo de personas, me refiero a un grupo de menores que estaban jugando

²⁶ A partir del record 43:47.

fútbol, estaban en una zona de recreación. El hecho de que se dirija contra una sola persona no significa desconocer que seleccionó un grupo, y adicionalmente se tuvo en cuenta, la fiscalía no debe pasar por desapercibido que esta agravante tiene en su aplicabilidad dada la situación de vulnerabilidad en razón de su edad, porque estas personas, nótese que estas personas se encuentran solas jugando, a pesar de que hay un representante, un entrenador a quien denominan Hernán, en este caso estos menores sí se encontraban en situación de vulnerabilidad porque estaban confiados al azar en una situación, me refiero a un campo abierto dedicado a la recreación y al deporte, estos menores se encontraban dedicados a una situación de entrenamiento.

El hecho de que el señor o el presunto indiciado haya seleccionado a uno de sus objetivos, lo digo en forma respetuosa, al menor S.G.S., no significa desconocer que allí este menor se encontraba dada su edad en relación a una situación de vulnerabilidad, y me refiero a personas que costumbre usanza que suelen establecer grupos de formación educativa en el fútbol, y allí considera la Fiscalía son vulnerables dada su edad porque ésta persona se acerca al menor, se acerca al grupo so pretexto no solamente del ofrecimiento de los gatos sino adicionalmente so pretexto de darle y jugar un partidito de fútbol, razón por la cual la fiscalía en sano análisis considera concurre el numeral séptimo (sic)»²⁷.

En la audiencia de formulación de acusación, que se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2014, el Fiscal modificó el delito imputado²⁸ y acusó a **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS** como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años [se le imputó el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años], pero nuevamente le enrostró la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal [eliminó la circunstancia de agravación prevista en el numeral 2° de la norma en cita]; sobre la cuál expresó: «por la **situación de vulnerabilidad del niño de 12**

²⁷ A partir del record 49:17.

²⁸ A partir del record 14:52.

años, ya que eso hace que el infante sea más débil y vulnerable a ese tipo de agresiones como bien lo ha enseñado el legislador».²⁹

Mediante sentencia del 19 de diciembre de 2017, el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá condenó a **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS** como autor penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado por la circunstancia prevista en el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal – Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficios-, luego de considerar lo siguiente:

«Es claro que para este estrado S.G.S. fue víctima de actos sexuales por parte del señor JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS, viéndose vulnerado de manera efectiva el bien jurídico tutelado por el legislador, la libertad, integridad y formación sexual de la víctima configurándose así la conducta descrita en el Art. 209 de la Codificación Penal, además la vulnerabilidad del menor se ajusta a la circunstancia prevista en el numeral 7° del artículo 211 del C.P., **puesto que la inocencia y deseo del menor de tener contacto con el gato, lo llevaron a dirigirse a la casa de un extraño con el único objeto de acariciar y consentir al animal**».

El Tribunal, por su parte, respecto de la circunstancia de agravación punitiva dijo lo siguiente:

«Por lo demás, la Sala no encuentra que la imputación de la agravante prevista en el art. 211-7 del C.P., entrañe vulneración del principio *non bis in idem*. Ciertamente, de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución, todo sindicado tiene derecho, entre otros, a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, principio que, según la

²⁹ A partir del record 15:12.

jurisprudencia constitucional y especializada, sólo tiene operancia (sic) en los casos en que exista identidad de sujeto objeto y causa.

En cambio, en el presente caso, falta la identidad de causa, habida cuenta de que la agravante, como arriba se consignó, tiene que ver con la situación de vulnerabilidad de la víctima en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio, al paso que no todo menor de 14 años necesariamente se halla en dicho estado de vulnerabilidad, al menos no durante todo el tiempo, sino que, de múltiples formas, puede estar protegido.

Por contra, en este caso, el menor fue víctima de la agresión sexual en un ámbito de total desprotección y, por ende, de vulnerabilidad, toda vez que no contaba con la compañía de ningún adulto sino que se hallaba solo, en la casa del acusado, a donde éste se las ingenió para que aquel concurriera, creando así el ambiente propicio que le facilitó llevar a cabo su cometido, aprovechándose de la ingenuidad propia de los menores de edad».

El anterior recuento deja en evidencia que dentro del presente asunto se vulneró el principio *non bis in idem*, porque se consideró de manera simultánea la misma circunstancia – la edad de la víctima-, como elemento constitutivo del tipo penal por el que se produjo condena - actos sexuales con menor de catorce años- y, además, para configurar la causal de agravación punitiva – si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad-.

Es evidente, entonces, que la sentencia condenatoria emitida en contra de **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS** es violatoria al principio *non bis in idem*, y ajustarla a dicha garantía impone casar parcialmente la sentencia para eliminar la condena por la circunstancia de agravación

prevista en el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal, lo que obliga a la Sala a redosificar la sanción penal impuesta al procesado, labor que se emprenderá en el siguiente acápite.

Redosificación punitiva

En el proceso de dosificación punitiva el *A-quo* partió del ámbito punitivo previsto para el delito de actos sexuales con menor catorce años – 108 a 156 meses-, y lo aumentó en las proporciones previstas en el artículo 211 del Código Penal, por la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 7° de la referida norma – 144 a 234 meses-.

Luego, dividió los límites en cuartos y escogió el primero – **entre 144 y 166.5 meses de prisión-**, no obstante, la pena mínima la aumentó en un 44.4%, para imponerle finalmente un total de 154 meses de prisión.

Dentro del presente asunto debe excluirse la condena por la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal,

Eso significa que los límites imponibles, en lo relativo a la sanción privativa de la libertad por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, de conformidad con lo

dispuesto en el artículo 209 del Código Penal, con la modificación introducida por la Ley 1236 de 2008, van de 108 a 156 meses de prisión, determinándose los siguientes ámbitos punitivos de movilidad:

Cuarto mínimo	Entre 108 y 120 meses
Primer cuarto medio	Entre 120 meses y 1 día y 132 meses
Segundo cuarto medio	Entre 132 meses y 1 día y 144 meses
Cuarto máximo	Entre 144 meses y 1 día y 156 meses

La Sala encuentra razonables y ajustados los motivos que fundaron el incremento del 44.4% por encima del límite mínimo impuesto por el *A-quo*, por lo que lo aplicará en esta ocasión.

Así las cosas, la pena mínima del primer cuarto -108 meses de prisión- aumentada en un 44.4% -5,328 meses-, arroja como resultado **113 meses y 9 días de prisión** ($108+5,328=113,328$), pena esta última que se impondrá a **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS**.

Por el mismo término se impondrán las sanciones accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la prohibición de acercarse y

comunicarse con la víctima y su grupo familiar, y la prohibición de ejercer cualquier actividad que esté relacionada o que involucre el acercamiento a menores de edad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 y 43 del Código Penal.

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

RESUELVE

Primero: Casar oficiosa y parcialmente la sentencia proferida el 29 de agosto de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el sentido de eliminar la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 7° del artículo 211 del Código Penal.

Segundo: En consecuencia, condenar a **JORGE AUGUSTO ESCOBAR PORRAS** como autor responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años a **113 meses y 9 días de prisión** e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la prohibición de acercarse y comunicarse con la víctima y su grupo familiar, y la prohibición de ejercer cualquier actividad que esté

relacionada o que involucre el acercamiento a menores de edad, por el mismo término.

Tercero: En lo demás la providencia impugnada se mantiene incólume.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JAIME HUMBERTO MORENO ACERO

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria