



1.- PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M.P. CEPEDA DE NOPE SARA – Rad. 11001600002320070480202 (04-08-09) SALVAMENTO DE VOTO – ACTO SEXUAL CON MENOR DE 14 AÑOS – Circunstancia de agravación contemplada en el numeral 4 del artículo 211 del C.P. modificado por el artículo 7º de la Ley 1236 de 2008 – El instituir la edad de la víctima (ser menor de 14 años) tanto como elemento estructurante del tipo como circunstancia de agravación atenta contra el principio no bis in ídem – PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Deducción en la imputación de la circunstancia de agravación prevista en el numeral 4 del artículo 211 del C.P. modificado por el artículo 7 de la Ley 1236 de 2008

“Aunque respetables los argumentos de la Sala mayoritaria tendientes a sostener que el principio de favorabilidad no es aplicable en este asunto en razón de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 1236 de 2008 que modificó, entre otros, el numeral 4º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 siendo legítimo mantener tal circunstancia de agravación punitiva en los términos de la condena, la suscrita se aparta de tal criterio por las siguientes razones:

“Reza el artículo 209 del CP que consagran las conductas básicas de actos sexuales abusivos **con menor de catorce años**:

“ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. 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 fuera de texto).

“Como se puede observar, uno de lo elementos del tipo objetivo en este comportamiento delictual está referido a la calidad de la víctima, la cual debe ser **menor de catorce años**.

“A su turno el numeral 4º del artículo 211 *ibídem* que califica como circunstancia agravante de la responsabilidad la hipótesis allí planteada al preceptuar:

“Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:
1. (...)
4. Se realizare sobre persona **menor de doce (12) años**. (...)
(Subrayado fuera de texto).

“Resulta que con posterioridad, el 23 de julio de 2008, el legislador expidió la Ley 1236 por la cual “...se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual.”, la cual en su artículo 7º prescribe:

“CAPITULO III

Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

Artículo 7º. El artículo 211 del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así:

“Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:
1. (...)
4. Se realizare sobre persona **menor de catorce (14) años**.
5....” (Subrayado fuera de texto).

“De la comparación de estas preceptivas fácil se advierte que la edad de la víctima está contemplada como elemento estructurante del tipo en el punible de actos sexuales abusivos del artículo 209 y también como circunstancia que “de concurrir”, agrava la pena del delito básico, con lo cual se está agravando la responsabilidad penal con fundamento en una misma circunstancia de orden fáctico, lo cual atenta contra el principio del non bis in ídem.

“No se desconoce que la consagración de las circunstancias a que se refiere el artículo 211 del CP están destinadas a sancionar con mayor severidad a los infractores cuando su conducta recae sobre personas menores de catorce años y que es aplicable a los delitos previstos en los “CAPÍTULOS ANTERIORES”, con lo cual se concluye que recae tanto en los de violación, como en los que constituyen actos sexuales abusivos en cualquiera de sus formas, previstos en los capítulos primero y segundo del TITULO IV del Libro segundo del estatuto de penas.

“Pero también es cierto que con la modificación prevista en el canon 7º de la Ley 1236 de 2008 que aumentó la edad del sujeto pasivo de la infracción, de 12 a 14 años al referirse a la agravante, la aplicación material del incremento punitivo que conlleva resulta inane y sin relevancia jurídico penal, respecto de los delitos del CAPÍTULO SEGUNDO, pues resulta atentatorio de los principios del derecho contemplar a un mismo tiempo y con

diversa consecuencia punitiva un mismo factor estructurante del delito. Además no es dable afirmar que se trata de una norma especial sobre la general ni norma posterior a la que establece el delito base, porque asunción de responsabilidad y agravante de responsabilidad son aspectos diferenciables, que no están a un mismo nivel fenomenológico.

“De otra parte, no es discutible el querer del legislador sobre el propósito de la expedición de la Ley encaminada a castigar con mayor severidad a quienes atenten contra los derechos de los niños en materia de sexualidad y combatir la delincuencia, pero lo que para esta disidente no resulta admisible es que so pretexto de atender sus razones de orden teleológico, se justifique su yerro motivado al parecer por falta de técnica legislativa, sacrificando los derechos de los condenados previstos no solo en las normas de orden interno y Constitución Política sino de los Instrumentos internacionales y Bloque de Constitucionalidad. Pues surge evidente que frente a normas restrictivas está vedado efectuar interpretaciones extensivas o in malam partem, imponiéndose más bien aquellas pro-hómine y pro- libertatis.

“Es más favorable porque si al establecer el artículo 211 numeral 4º primigenio que la pena prevista en los artículos 208 y 209 del CP - para este caso-, se agravaría si la conducta recaía en menor de doce años, no siendo agravada si el sujeto pasivo tenía una edad de doce a menos de catorce años, es decir que por ser la víctima más pequeña de doce años el comportamiento era castigado con mayor rigor, sucede que con el establecimiento de la edad inferior a catorce años autorizada en la nueva ley no es posible predicar que materialmente la pena se agrava; y ello es así porque justamente la connotación jurídica de “ABUSIVO” para los delitos de actos sexuales en menores obedece a que cuando hay consentimiento de la víctima, lo que se presenta es un verdadero abuso de su condición de inmadurez sexual o de autodeterminación en tal materia y para el efecto señaló el legislador como edad límite la inferior a catorce años.

“De no ser así, erróneamente se podría sostener que el incremento punitivo del artículo 211 numeral 4º no es una agravante de responsabilidad sino parte unívoca ligada indisolublemente a todos los delitos de abusos sexuales, entendiéndose que la pena del delito base no es la que consagró el legislador en el artículo 209 del CP (de 4 años a 7 años y 6 meses de prisión), que fue modificado por la ley 1236 de 2008 (9 a 13 años), sino de 12 a 26 años para los actos abusivos desapareciendo el aumento como circunstancia de agravación, lo cual riñe con la sistemática del ordenamiento penal y el fenómeno de la agravación de responsabilidad.

“De ahí que tiene reparos la suscrita sobre la atribución de la agravante del numeral 4º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 porque tal preceptiva fue modificada por el artículo 7º de la Ley 1236 de 2008 aumentando la edad de la víctima de menor de 12 a menor de 14 años y en virtud del principio de favorabilidad cabe aplicar la norma modificada.

“Sin embargo al materializar su aplicación se concluye que como uno de los elementos del tipo objetivo en el punible endilgado a EDGAR GALINDO FUQUEN es la edad de la víctima – menor de 14 años-, y en el sub lite coincide con la determinada en la agravante sin que en el canon que la consagra haya condicionamiento adicional para agravar la responsabilidad, carece de relevancia jurídica la atribución de esta circunstancia específica de agravación punitiva, en el caso concreto. Pues es evidente que al tener en cuenta dos veces tal circunstancia modal, se viola el principio del non bis in ídem.

“Por ello, ha debido la Sala dar primacía a la aplicación del principio de favorabilidad deduciendo de la imputación la circunstancia agravante del numeral 4º del artículo 211 del CP con incidencia obligada en la dosificación punitiva”.

Ruta: relatoría/consulta/2009/acusatorio/sentencias



1.2. M.P. CEPEDA DE NOPE SARA – Rad. 11001600001720080424103 (24-07-09) EXCLUSIÓN DE BENEFICIOS Y SUBROGADOS PARA DELITOS DE TERRORISMO, FINANCIACIÓN DE TERRORISMO, SECUESTRO EXTORSIVO, EXTORSIÓN Y CONEXOS – El artículo 26 de la ley 1121 de 2006 tiene total aplicación en asuntos regidos por el sistema de la Ley 906 de 2004 - Prohibición de rebaja de pena por preacuerdos o allanamientos.

"Ahora, adentrándonos en lo que fue objeto de debate, el problema sin lugar a equívocos radica en la interpretación errónea, según el recurrente, que el Juez de Instancia realizó del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 que prohíbe conceder rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional, la prisión domiciliaria o cualquier otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, al considerar que dichas prohibiciones están vigentes para asuntos regidos por los sistemas procesales previstos en la Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004.

"Al respecto, la Sala estima que las premisas de los censores carecen de fundamento jurídico, toda vez que como se precisará adelante, la restricción para conceder los beneficios anotados a procesados por los delitos señalados en el referido canon 26, evidentemente rige para los dos sistemas procesales existentes en nuestro territorio.

"Y si bien, se han expedido por parte de este Tribunal algunas decisiones indicando que dicho precepto legal solo debe ser aplicado a los asuntos que se tramitan bajo el sistema procesal de la Ley 600 de 2000, debe dejar sentado esta Sala, en primer lugar que es respetuosa de los criterios expuestos por los Funcionarios homólogos, pero que la autonomía e independencia de los Jueces en la interpretación y aplicación de la Ley permiten tomar decisiones diferentes a las que ya se adoptaron; además dichos pronunciamientos no conforman jurisprudencia ni doctrina obligatoria.

(...)

"No se discute que el fin primordial que llevó al Legislador a expedir la Ley 1121 de 2006, fue la prevención, detección, investigación y sanción de conductas relacionados con la financiación de actividades terroristas, como señalan los apelantes, sin embargo, al revisar las gacetas del Congreso donde se encuentra la exposición de motivos, se puede observar que las razones que justificaron la inclusión del precitado artículo 26, se circunscriben a impedir que las personas condenadas por los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, pudieran ser favorecidas con cualquier tipo de descuento, rebaja o subrogado penal, dada la gravedad de las conductas punibles, independientemente del sistema procesal en el que fuera aplicada, ...

(...)

"En ese orden de ideas, la inclusión del artículo 26 en una Ley que trata temas referentes a la financiación del terrorismo, surgió a raíz de la derogatoria tácita del artículo 11 de la Ley 733 de 2002 que prohibía cualquier clase de beneficio, rebaja de pena, para los condenados, entre otros delitos, el de secuestro extorsivo, atendiendo la interpretación de la H. Corte Suprema de Justicia.

(...)

"Ahora que de la lectura del precitado artículo 26 se desprende claramente que las prohibiciones allí establecidas corresponden a asuntos adelantados bajo el rito de la Ley 600 de 2000, al hacer referencia precisa a instituciones propias de dicho sistema procesal, no siendo la voluntad del legislador restringir los beneficios para casos regidos por la Ley 906 de 2004, debe decirse que el censor se equivoca, pues como quedó anotado en párrafos anteriores, la razón esencial de la inclusión del ya tantas veces mencionado artículo, era impedir que en adelante, es decir, a partir de la expedición de Ley, las personas condenadas por los delitos allí mencionados pudieran ser favorecidas con cualquier tipo de descuento, rebaja o subrogado penal, dada la gravedad de las conductas punibles, y para salirle al paso de la derogatoria tácita del artículo 11 de la Ley 733 de 2002.

"Por otro lado, de la no referencia expresa a los institutos de la terminación anticipada del proceso (preacuerdos o allanamientos) atendida razón que solo menciona la confesión y la sentencia anticipada, mal puede concluirse que se está dando una aplicación extensiva al artículo 26 de la Ley 1121, pues de ser así, la norma hubiese quedado sin efectos jurídicos en casi todo el territorio nacional, porque las conductas punibles cometidas con posterioridad al 30 de diciembre de 2006, fecha en que entró en

vigencia la Ley 1121 de 2006, en la mayoría de lugares de nuestro territorio ya se estaba aplicando el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004.

"Cuando el legislador en la Ley 1121 de 2006 se refirió a la sentencia anticipada o confesión, estando en vigencia el nuevo sistema penal acusatorio, entiende esta Colegiatura, lo hizo por tratarse de casos con terminación anormal o anticipada del proceso, ya fuera por allanamiento o aceptación de la imputación o de la acusación, en virtud de preacuerdos o negociaciones o sentencia anticipada, que en todo caso llevan a que el proceso termine sin la realización de un juicio; y desde luego, la misma confesión se refiere a la aceptación de responsabilidad.

"Ahora bien, no se rompe con el principio de la legalidad de los delitos y de las penas o de la naturaleza misma del sistema penal acusatorio como señalan los impugnantes, al entender que el artículo 26 de La Ley 1121 de 2006 es aplicable a conductas rituadas bajo este sistema, y tampoco vulnera o rompe con la finalidad de los preacuerdos o allanamientos a la imputación o acusación, porque solo se trata de determinadas conductas punibles que revisten importancia desde el punto de vista del daño, la gravedad, el impacto social que para la fecha representan, lo cual obedece a la libertad de configuración legislativa por razones de política criminal que amerita, como se dijo, especiales normas y prohibiciones para combatir diversas formas de delincuencia, pero que no se trata de prohibiciones generalizadas como para entender que se está desvirtuando la filosofía propia del nuevo sistema procesal.

"De otra parte, la terminación anticipada o anormal del proceso, existía tanto en el antiguo régimen como en el nuevo sistema penal acusatorio, con la misma finalidad y rodeada de beneficios para poder ahorrar esfuerzos investigativos y de juzgamiento a la administración de justicia, formas que encuentran sus semejanzas en la terminación abreviada del proceso y beneficios por la misma.

(...)

"En ese orden de ideas, considera esta Colegiatura que la aceptación de responsabilidad para sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000, tiene afinidad y alguna identidad con las formas de terminar abreviadamente el proceso en la Ley 906 de 2004, bien con el llamado allanamiento a la imputación del numeral 3 del artículo 288, o a la manifestación del acusado de aceptación, pura y simple de responsabilidad o allanamiento a la acusación, una vez presentada ésta y hasta antes del momento que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral, de conformidad con lo previsto en los artículos 352, 353, 356-5 de la citada Ley 906, o bien en la aceptación de responsabilidad en los preacuerdos, acuerdos o negociaciones, lo que impide el agotamiento de todas las etapas procesales hasta el juicio oral, al cual el procesado renuncia.

"Tanto así, que la jurisprudencia, con diferencia de criterios se ha pronunciado sobre el tema, cuando se habla de la aplicación de la Ley 906 de 2004 por favorabilidad en los procesos fallados con sentencia anticipada rituados bajo la Ley 600 de 2000, sosteniendo la Corte Constitucional en diferentes fallos de tutela, entre otros, en las sentencias T-091 de 2006, T-1211 de 2005, y T-232 de 2007, que la sentencia anticipada del antiguo sistema se asimila a los allanamientos de imputación y acusación, y a los preacuerdos, acuerdos y negociaciones en el nuevo sistema, que igualmente permiten la terminación anticipada del proceso.

(...)

"Por lo anteriormente expuesto, considera la Sala, que no es necesario entrar a realizar el test de proporcionalidad para hacer frene a la prohibición de exceso, toda vez que no hay una limitación de derechos con la aplicación del referido artículo, pues el debate acerca del sistema procesal en el que el artículo 26 debe regir, deviene irrelevante si la restricción fue concebida solo respecto de ciertos tipos penales que por razones de política criminal se consideran graves y que sin lugar a dudas revisten gran peligro para la comunidad, por las funestas consecuencias que ellos acarrearán, no solo en las víctimas sino en la sociedad en general, no vulnerándose con ello intereses constitucionales relevantes."



1.3. M.P. CEPEDA DE NOPE SARA – Rad. 11001600001320090074201 (11-06-09) - ARTÍCULO 68A DEL C.P. ADICIONADO POR LA LEY 1142 DE 2007- Exclusión de subrogados y mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad – PRISIÓN DOMICILIARIA – No es pena principal – Solo puede concebirse como pena sustitutiva de la de prisión – La afirmación contenida en el artículo 68A del C.P. relativa a la exclusión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión no significa que no se excluya cuando se invoque como pena principal, pues el ordenamiento jurídico solo la contempla como pena sustitutiva

“5.1.1 Sobre la aplicación del artículo 68 A de la ley 599 de 2000

(...)

“El defensor estima que la lectura que debe darse a la preceptiva de contenido prohibitivo no puede ser legal sino constitucional, porque ante todo están los principios pro homine y pro libertatis, arguyendo que, de un lado la intención del legislador es la de evitar que las personas sigan delinquirando y, de otro, que el texto de la norma admite una interpretación encaminada a entender que cuando la prisión domiciliaria se pide como pena principal la prohibición legal no tiene cabida.

“Se concluye entonces, del contenido de sus argumentos, que la persona destinataria de la exclusión es aquella que teniendo otra condena por delito doloso dentro de los cinco años anteriores, es merecedora de la prisión domiciliaria como pena principal, dependiendo de la forma como la petición se eleve; pues si la prisión domiciliaria se pide como sustitutiva de la pena de prisión es evidente que la prohibición debe materializarse porque así reza el texto de la norma, pero contrario sensu si se pide como principal, el legislador no lo prohíbe y entonces debe concederse si se reúnen los presupuestos del artículo 38 del CP

“Sin embargo esta particular forma de interpretación si bien, en principio podría ser razonable, no tiene la entidad suficiente para desconocer el contenido de la norma prohibitiva, no solo por la reserva y libertad configurativa en cabeza del legislador, sino por la claridad del mandato que de ella emana en el aspecto cuestionado.

“Señala el artículo 27 del Código Civil: “...Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu...”.

“El referente de la **“prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión”** sobre el que llama la atención la censura para arribar a la conclusión de que la restricción solo tiene efectos cuando dicha forma de cumplimiento de la pena es sustitutiva de la de prisión, mas no así cuando se le da el tratamiento de pena principal, desborda no solo el principio de legalidad sino que desconoce el contexto en que está inmersa la norma en el código penal.

“Ciertamente de una lectura desprevenida de la norma por parte de un profano del derecho, al especificar la ley que se prohíbe conceder la prisión domiciliaria **“como sustitutiva de la prisión”** podría entender que esta forma de cumplimiento de la sanción puede operar de diversas formas y por tanto invocarse no solo como pena sustitutiva sino como otro tipo de alternativa.

“Y ello es así porque en el texto se incluyó a manera complementaria la expresión **“como sustitutiva de la prisión”** cuando en verdad este agregado no deja de ser irrelevante porque de acuerdo con el propio estatuto penal, la prisión domiciliaria es por virtud de la propia ley sustitutiva de la de prisión.

“Así se desprende del contenido normativo del artículo 36 de la Ley 599 de 2000 que en su tenor literal reza:

“ARTICULO 36. PENAS SUSTITUTIVAS. La prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa.”

“Y más adelante en el artículo 38 al precisar las condiciones de su otorgamiento la bautiza en estos términos: **“La prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión...”**. Para la Sala sin embargo la mención de tal calificativo a manera de reiteración sobre la naturaleza jurídica de la prisión domiciliaria no deja de ser expresión de falta de técnica legislativa, porque si la única forma de sustituir la pena de prisión es a través de la prisión domiciliaria, no hay razón para que al citarla se haya incluido el agregado de su naturaleza jurídica.

“Así que acudiendo al tenor literal de la preceptiva y complementada su interpretación en forma sistemática, carece de sustento jurídicamente relevante la apreciación del impugnante, pues no existe en el ordenamiento sustantivo penal forma distinta de concebir la prisión domiciliaria que como pena sustitutiva de la de prisión. Luego entonces resulta errado plantear que el legislador excluye de la prohibición el otorgamiento de la pena de prisión cuando se invoca como pena principal, pues es evidente que ella no es principal sino sustitutiva de una principal, en este caso de la de prisión”

Ruta: relatoría/consulta/2009/Acusatorio/sentencias

2. CORTE CONSTITUCIONAL – SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD

2.1. SENTENCIA C-521 (04-08-2009) M.P. MARIA VICTORIA CALLE CORREA – Norma revisada: NUMERAL 4o ARTICULO 211 DE LA LEY 599 DE 2000, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY 1236 DE 2008 “Por medio de la cual se modifican algunos artículos del código penal relativos a delitos de abuso sexual

Se declara EXEQUIBLE condicionalmente la norma aludida. No obstante la amplia potestad del legislador para configurar los delitos y establecer las penas, tal potestad debe ejercerse dentro del respeto por los demás mandatos y prohibiciones constitucionales, en particular, los derivados de la existencia de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por Colombia (arts. 2º, 4º y 93 C.P.). Uno de esos límites es el principio *non bis in idem*, que otorga el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Según el numeral 4º del artículo 211, las penas para estos delitos se aumentarán cuando se realizaren en persona menor de catorce años, de forma, que la disposición cuestionada establece como causal de agravación punitiva 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 y por ende, infringe el principio *non bis in idem*, al desconocer la prohibición de agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que fue tenida en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

En consecuencia, a juicio de la Corte, la norma acusada es inconstitucional si se aplica a los artículos 208 y 209 del Código Penal, pero no respecto de los demás artículos del Título IV. Por tal motivo, no procedía la expulsión del ordenamiento de la disposición sino solamente en aquella parte que lleva consigo el desconocimiento de la prohibición del *non bis in idem*. En aplicación del principio de conservación del derecho, declaró la exequibilidad condicionada del numeral 4º del artículo 211 del Código Penal, tal como fue modificado por la Ley 1236 de 2008, siempre y cuando se entienda que dicha causal no se aplica a los artículos 208 y 209.

Nota de Relatoría: esta providencia podrá ser consultada por los Magistrados en su respectivo buzón a partir del miércoles 14 de octubre.

JAIRO JOSE AGUDELO PARRA
Presidente

DAGOBERTO HERNANDEZ PEÑA
Vicepresidente

NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA
Relatora