



**PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACIÓN PENAL
CASACIÓN ORAL RADICADO 54.108**

REF: Alegatos de casación en el traslado de los no recurrentes.

Bogotá, D.C., junio 3 de 2020

**Doctor
EUGENIO FERNANDEZ CARLIER
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad.**

Honorable Magistrado

De manera atenta y para los fines legales pertinentes, me permito presentar dentro del término de ley los alegatos de casación como no recurrente, en el asunto identificado con el radicado 54.108.

Demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado, contra la sentencia proferida el 15 de agosto de 2018 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual confirmó la condenatoria emitida el 19 de mayo de 2017, por el Juzgado 39 Penal del Circuito de la misma ciudad, como autor de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso con actos sexuales abusivos con menor de 14 años, de los artículos 208 y 209 del Código Penal.

1. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos fueron resumidos por el juez de segundo grado, del siguiente tenor literal:

“Diana Montes Díaz formuló denuncia, en la cual señaló que el 6 de junio de 2013, al leer unas conversaciones que sostenía su hija S.E.G.M. por Facebook, decidió acudir al colegio con su compañero permanente Henry Gregorio Sánchez Murcia, quien era el padrastro de la menor.



En ese lugar, la niña le contó a su progenitora que cuando vivieron en el barrio Kennedy de esta ciudad, mientras ella laboraba en las noches como enfermera, Sánchez Murcia le ejecutó actos libidinosos en su cuerpo, y la penetraba vía vaginal y anal hasta eyacular. Esta situación se presentó a partir del año 2009, es decir, desde cuando S.E. tenía 8 años, hasta contar con 9 años de edad”.¹

2. DEMANDA

El recurrente presentó un cargo contra el fallo de segunda instancia proferido el 15 de agosto de 2018, para que la decisión se case totalmente:

2.1. CARGO ÚNICO: Violación directa de la ley sustancial

La censura alegó que el fallo del Tribunal está incurso en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del numeral 2 del artículo 211 del C.P.: *“ya que también fue aplicado el numeral 5° de la misma norma, lo que quebranta el principio universal del "nom bis in ídem", (sic) por cuanto ambos numerales se refieren a la confianza depositada por la víctima en su agresor.”²*

Agregó el censor, que: *“el defensor técnico no se refirió a la pena impuesta, sino a las pruebas allegadas al plenario. Sin embargo, encuentra este Defensor Público, que el error viene desde la primera instancia, el cual, tácitamente fue avalado por el fallo de segunda instancia, cuando en el fallo de primera instancia el A Quo en la dosificación de la pena dio aplicación a los numerales 2° y 5° del artículo 211 del C.P., error que fue avalado por el fallo de segunda instancia, por cuanto no se refirió a dicho tema de dosificación punitiva.”³*

Agregó el recurrente, que: *“Al darse aplicación de los mencionados numerales (2° y 5° del artículo 211 del C.P.), se viola el principio de legalidad de la pena, por cuanto ambos numerales se refieren a la confianza depositada por la víctima en su agresor. Si ello es así, se viola el principio universal del "nom bis in ídem" (sic), o lo que es lo mismo, haberse juzgado al procesado dos veces por el mismo delito”.⁴*

¹ Fls. 1 y 2 Sentencia del Tribunal.

² Fl. 4 de la demanda.

³ Fl. ídem.

⁴ Fl. 6 D. casación.



3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Casar parcialmente la sentencia del Tribunal de Bogotá del 15 de agosto de 2018.

3.1. AL CARGO DE LA DEMANDA: Violación directa de la ley sustancial

La censura alegó que, el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial, por aplicación indebida del numeral 2° del artículo 211 del C.P, toda vez que: *“el error viene desde la primera instancia, el cual, tácitamente fue avalado por el fallo de segunda instancia, cuando en el fallo de primera instancia el A Quo en la dosificación de la pena dio aplicación a los numerales 2° y 5° del artículo 211 del C.P., error que fue avalado por el fallo de segunda instancia, por cuanto no se refirió a dicho tema de dosificación punitiva.”*⁵

El problema jurídico por resolver en el sub examine se contrae a elucidar si el fallo atacado está incurso en la violación alegada, toda vez que en la dosificación punitiva dio aplicación a los numerales 2° y 5° del artículo 211 del C.P., trasgrediendo de esta forma, el principio *non bis in ídem*. En relación con los cargos esgrimidos, le asiste razón a la censura, toda vez que el fallo de segunda instancia tuvo en cuenta para la dosificación punitiva contra el condenado, de manera concurrente los numerales 2° y 5° del artículo 211 del C.P., con lo cual, se trasgredió el principio *non bis in ídem*.

En decisión del 19 de mayo de 2017, el Juzgado 39 de conocimiento, condenó al procesado a la pena principal de 248 meses de prisión, al hallarlo responsable de los delitos de acceso carnal abusivo en menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, y en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo agravado, conforme lo establecen los artículos 208 y 209 y los numerales 2° y 5° del artículo 211 de la Ley 599 de 2000.⁶

En la dosificación punitiva el juez *a quo* tuvo en cuenta los siguientes parámetros legales, para la cuantificación de la pena para el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años:

⁵ Fl. ídem.

⁶ Fl. 20 fallo *a quo*.



“1. Respecto del contenido del artículo 208 del Código Penal, modificado por el artículo 4o de la Ley 1236 de 2008, para el delito de ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS, la pena oscila de doce (12) a veinte (20) años de prisión, misma que deberá aumentarse de una tercera parte a la mitad, de conformidad a lo señalado en el artículo 211 del Código Penal, quedando una pena que oscila de dieciséis (16) a treinta (30) años de prisión.”⁷

Mientras que, para el delito de actos sexuales con menor de 14 años, el *a quo* estableció:

“2. El artículo 209 del Código Penal, modificado por el artículo 5o de la Ley 1236 de 2008, para el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, la pena oscila de nueve (9) a trece (13) años de prisión, pena que deberá aumentarse de una tercera parte a la mitad, de conformidad a lo señalado en los numerales 2o y 3o del artículo 211 del Código Penal, quedando una pena que oscila de doce (12) a diecinueve punto cinco (19.5) años de prisión.”⁸

El *a quo* fijó la pena mínima en 200 meses de prisión y decidió aumentarla por el concurso homogéneo en 12 meses más, y a su vez, por el concurso heterogéneo en 24 meses, mientras que, por el concurso homogéneo de los actos sexuales, lo aumentó en 12 meses más, para un total de 248 meses de prisión, con fundamento en las causales de agravación de los numerales 2° y 3° del artículo 211 del C.P.⁹

“En consecuencia, se le impone la pena de DOSCIENTOS (200) MESES DE PRISION, que por el concurso homogéneo y sucesivo se aumentará en DOCE (12) MESES DE PRISION, por el concurso heterogéneo con el delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO, se aumentará en VEINTICUATRO (24) MESES, y por el concurso homogéneo y sucesivo de éste último delito se aumentará en DOCE (12) MESES más, para una pena definitiva a imponer de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO (248) MESES DE PRISION.”

En relación con los criterios tenidos en cuenta por el juez de primera instancia en cuanto a la gravedad de la conducta, indicó que se afectó la vulnerabilidad de la menor de apenas 8 años de edad y, además, que el procesado era el padrastro de la víctima quien cometió el delito contra su hijastra.¹⁰

⁷ Fl. 19 fallo del *a quo*.

⁸ Fl. ídem.

⁹ Fl. 20 fallo juez de primer grado.

¹⁰ Fl. 20 fallo de primera instancia.



“El comportamiento desplegado por HENRY GREGORIO SÁNCHEZ MURCIA, resulta de extrema gravedad en la medida en que no solo se predetermina a ejecutar comportamientos que atentan contra la libertad, la integridad y formación sexual de una menor indefensa de escasos ocho años de edad que para la época en se empiezan a presentar los hechos, sino que además le causa un daño irreparable por su misma condición de vulnerabilidad, que la afecta negativamente en su desarrollo, además, debe tenerse en cuenta la función de prevención y protección que la sanción debe cumplir en el caso concreto, la que se presentan absolutamente necesaria en una persona que como el acusado quiso satisfacer a toda costa sus aberrantes deseos sexuales prevaliéndose de su hijastra.”

Por su parte, el Tribunal estimó que el incremento utilizado por el juez de primer grado, con base en el numeral 2 del artículo 211 del C.P., se ajustaba a la ley, pues el responsable tenía carácter, posición o cargo que le daba particular autoridad sobre la víctima o la impulsaba a depositar en él su confianza.¹¹

“El numeral 2 del artículo 211 de la Ley 599 de 2.000 incrementa la punibilidad de una tercera parte a la mitad, si 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.”

En este orden de ideas, para corroborar la procedencia del cargo y teniendo en cuenta que la censura postula que se vulneró el principio *non bis in ídem*, toda vez que en la dosificación punitiva dio aplicación a los numerales 2° y 5° del artículo 211 del C.P., considera esta Agencia del Ministerio Público que el cargo debe prosperar parcialmente, por lo que pasa a expresarse:

En efecto, el juez de primera instancia, para la imposición de la pena contra el condenado, en el resuelve, declaró responsable penalmente a SÁNCHEZ MEDINA, y lo condenó a la pena principal de 248 meses de prisión, al hallarlo responsable de los delitos de acceso carnal abusivo en menor de 14 años agravado, en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años, conforme lo establecen los artículos 208 y 209 y aplicó los numerales 2° y 5° del artículo 211 del C.P.¹²

“PRIMERO: Declarar a HENRY GREGORIO SÁNCHEZ MURCIA, titular de la cédula de ciudadanía número 80.093.974 de Bogotá, autor responsable de los delitos de ACCESO CARNAL ABUSIVO EN MENOR DE 14 AÑOS agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, en concurso heterogéneo CON ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS en concurso homogéneo y sucesivo

¹¹ Fl. 6 fallo de segundo grado.

¹² Fls. 20 y 21 fallo a quo.



agravado, conforme lo establecen los artículo 208, 209 y 211 No. 2° y 5° de la Ley 599 de 2000 modificados por los artículo 4o, 5o y 7o de la Ley 1236 de 2008, por tanto se le condena a la pena privativa de la libertad de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO (248) MESES DE PRISION.”

De lo anterior, se deduce que efectivamente el juez de primer grado vulneró el principio *non bis in ídem*, toda vez que efectuó una doble valoración referida a las circunstancias agravantes contenidas en los numerales 2° y 5° del artículo 211 del C.P., cuando una sola comprendía todos los aspectos que llevaban a agravar el comportamiento cometido por el procesado SÁNCHEZ MURCIA, contra su hijastra, la menor S.E.G.M., y debe subsistir solamente el agravante del ordinal 5 ibidem.

La Honorable Corte Suprema de Casación, respecto de la vulneración del principio de *non bis in ídem*, ha indicado los siguientes aspectos relevantes:¹³

“8. Consecuente con lo anterior, se procederá a casar parcialmente el fallo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, se confirmará la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Doce Penal del Circuito de esta ciudad, por cuyo medio condenó a JAVIER RICARDO TRIANA BARRETO, como autor responsable de los delitos de acceso carnal violento agravado (artículos 205 y 211-2, 4 y 5), acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado (artículos 208 y 211-2 y 5), actos sexuales con menor de catorce años agravado (artículos 209 y 211-2 y 5) e incesto (artículo 237), todos en concurso homogéneo y heterogéneo. Ahora bien, como se constata que el fallador, al igual que la Fiscalía, dio aplicación a la circunstancia prevista en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal, se hace necesario excluirla porque al concursar con el delito de incesto se vulnera el principio de non bis in ídem, tal como lo viene sosteniendo la jurisprudencia de esta Corporación (Cfr. CSJ SP, 25 may. 2011, rad. 34133, CSJ SP, 5 sep. 2012, 38164, CSJ SP 31 oct. 2012, rad. 33657 y CSJ SP, 10 dic. 2014, rad. 39993).”

Ahora bien, en relación con el citado agravante del numeral 5°, del artículo 211 del C.P., el juez de primer grado recabó que el mismo se estructuraba, toda vez que la menor víctima y el procesado convivieron durante mucho tiempo con la progenitora de la niña, pues la víctima lo reconocía como su padrastro:

“Ahora, sobre el agravantes deducido (artículo 211 No. 5° del CP.), no hay tampoco incertidumbre, en la medida que las pruebas en precedencia analizadas, dan cuenta de que aquellos convivieron durante mucho tiempo, pues la víctima lo reconocía como su padrastro.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 41.948. Sentencia del 25 de enero de 2017. M.P. Eyder Patiño Cabrera.
PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL
Carrera 5 numero 15-80 piso 26 tel. 5878750 ext. 12626



Tal confianza, así como el cariño de la niña, fue violentada en forma inmisericorde por el aquí declarado responsable, quien aprovechó que se encontraba a solas con SEGM, para satisfacer sus libidinosos deseos con ella, cuestión que, se itera, no deja duda en punto a la estructuración del agravante deducido”.¹⁴

En trascendente decisión la Honorable Corte Suprema de Justicia en el Radicado No. 45.520, respecto de la vulneración del principio *non bis in ídem*, en relación con 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 resaltó los siguientes aspectos importantes:¹⁵

“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 Corte, 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 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 todo lo anterior, se deduce que debe permanecer el agravante contenido en el numeral 5° del artículo 211 del C.P.¹⁶, puesto que no solo es el que recoge con mayor riqueza normativa la situación fáctica, sino que es el que se ajusta con mayor

¹⁴ Fl. 18 fallo a quo.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 45.520. Sentencia del 23 de mayo de 2018. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

¹⁶ Artículo 211. 5). Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado.



precisión y detalle al elemento valorado por el juez de primer grado, dado que víctima y victimario no solo cohabitaban en el mismo domicilio, sino que el procesado era su padrastro.

La Corte Suprema de Justicia, respecto de la vulneración del principio de *non bis in ídem*, por incurrirse en doble valoración de una circunstancia agravante, al adecuarla a dos agravantes específicas propias de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales ha señalado lo siguiente:¹⁷

“En el supuesto que ahora ocupa a la atención de la Corte se trasgredió el principio de non bis in ídem, dado que se incurrió en una doble valoración de una circunstancia del hecho delictivo al adecuarla a dos agravantes específicas propias de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, cuando sólo una de ellas comprendía todos los aspectos que llevaban a agravar el comportamiento cometido por (...).

En esa medida, para ajustar la sentencia procedería la redosificación de la pena retirando la agravante del numeral 2º; sin embargo, debe señalarse que el advertido yerro no afecta los extremos de la sanción legal prevista para los tipos penales de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, pues aún subsiste la circunstancia agravante descrita en el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal. Es decir, el ámbito de movilidad, aún retirando la agravante del numeral 2º de la citada norma, sigue siendo 192 meses en el mínimo y 360 meses en el máximo para el tipo base de acceso carnal violento con menor de 14 años agravados tal y como lo dedujeron los jueces de instancia.

Además el incremento de 192 meses a 210 meses, siendo este monto el que en últimas se impuso, obedeció a la apreciación de circunstancias como la intensidad del dolo, la deliberación con la que el hecho fue cometido y el daño ocasionado a la víctima, sin que dicho incremento derivara de alguna de las dos agravantes atribuidas al procesado, como para se imponga la reducción de la pena por haberse retirado una de ellas.

Así las cosas, si bien se verificó un error en el fallo, por las razones expuestas, su enmienda, sólo conllevará a declarar la no concurrencia de la mencionada agravante, sin efectos benéficos en la tasación de la pena.

En consecuencia, esta delegada del Ministerio Público encuentra pertinente que se debe proceder a la redosificación punitiva, excluyendo la concurrencia de los

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Radicado No. 41.417. Sentencia del 27 de noviembre de 2013. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.



agravantes consagrados en los numerales 2 y 5 del artículo 211 del C.P, frente a todos los delitos concursados¹⁸. Pese a lo anterior, considera que debe mantenerse la circunstancia agravante del numeral 5º del artículo 211 ibidem, toda vez que el error en que incurrieron los jueces de primer y segundo grado, no afecta los extremos de la sanción legal prevista para los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años, por los que fue condenado el procesado SÁNCHEZ MURCIA, pues permanece vigente la circunstancia agravante del citado numeral 5º del artículo 211 del Código Penal.

En este orden de ideas, para esta representante del Ministerio Público debe prosperar parcialmente el Cargo formulado por la censura y, por lo anterior, se solicita respetuosamente a la H. Corte, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia impugnada del Tribunal de Bogotá; redosificando la pena aplicando solo uno de los agravantes.

Cordialmente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

¹⁸ Sentencia C-521/09 MP. Dra. MARIA VICTORIA CALLE CORREA. *El derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, pretende asegurar que los conflictos sociales que involucran consecuencias de tipo sancionatorio no se prolonguen de manera indefinida, además de evitar que un mismo asunto obtenga más de una respuesta de diferentes autoridades judiciales, en procesos que tengan identidad de sujeto, objeto y causa, siendo su finalidad última la de racionalizar el ejercicio del poder sancionatorio en general, y especialmente del poder punitivo. Por eso, no solo se aplica a quien está involucrado en un proceso penal, sino que en general rige en todo el derecho sancionatorio (contravencional, disciplinario, fiscal, etc.), pues el artículo 29 dispone que [e]l debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y el non bis in ídem hace parte de los derechos que se entienden asociados al debido proceso.*