



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP1800-2021

Radicación 50.652

(Aprobado Acta No.112)

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

Entra la Sala a resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de **LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA**, contra el fallo de segunda instancia proferido el 06 de marzo de 2017 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante la cual confirmó la emitida por el Juzgado 2° Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad del 28 de noviembre de 2016, que lo declaró penalmente responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años agravado e incesto, en concurso homogéneo y sucesivo (Art. 209, 211.2 y 237).

ANTECEDENTES FÁCTICOS

1. En entrevista rendida el 26 de noviembre de 2013 por LAYC¹ manifestó que entre los años 2002 y 2012, esto es, desde que tenía 7 hasta los 17 años, su padre **LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA** le realizaba tocamientos libidinosos en sus senos y genitales, asimismo le daba besos en la boca de manera obligada.

2. De igual manera, VAYC –hermana de LAYC- el 04 de diciembre de 2013 denunció que durante el período 2011 a 2013 -cuando tenía 13 a 15 años de edad- su padre le realizaba actos impropios como tocarle los senos, glúteos y genitales, proponiéndole en varias ocasiones que le hiciera sexo oral, frente a lo cual fue rechazado por la menor. Todo lo anterior se realizó en su casa de habitación ubicada en la ciudad de Cali- Valle del Cauca².

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3. El 11 de agosto de 2015 se desarrolló ante el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, audiencia de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento por los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años,

¹ Para efectos del presente proceso, se omitirá cualquier información sobre la identificación de las víctimas menores de edad, en virtud de los artículos 33 y 193 de la Ley 1098 de 2006 (Ley de la Infancia y la Adolescencia), a fin de proteger el derecho a la intimidad del menor y su familia.

² Cuaderno Original N°1, Fls. 121,122 y 137.

previsto en el artículo 209 del Código Penal, con circunstancias de agravación previstas en el precepto 211 numeral 2º, en concurso homogéneo y heterogéneo con el punible de incesto del artículo 237 *idem*³.

4. Posteriormente, el 04 de octubre de 2015 se presentó escrito de acusación, verbalizándose en audiencia del 26 de noviembre del mismo año ante el Juzgado 2º Penal del Circuito de Conocimiento de Cali, en la cual se ratificó la calificación jurídica presentada anteriormente⁴.

5. Se realizó audiencia preparatoria el 19 de julio de 2016⁵, siguiéndose el 4 de noviembre de ese año a iniciarse el juicio oral, momento en el cual se presenta preacuerdo entre el procesado y la Fiscalía, aceptándose la responsabilidad por los delitos endilgados, siempre que se le impusiera la pena mínima por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, -como delito más gravoso- adicionándole los concursos respectivos; procediéndose en dicho acto procesal a impartir aprobación frente a dicho acuerdo.

6. El 28 de noviembre de 2016 el juzgado de instancia profiere fallo de condena en contra de **LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA**, imponiéndole la pena de 12 años y 6 meses de prisión, como autor de los delitos de actos sexuales

³ Cuaderno Original N°1, Fls. 14-15.

⁴ Cuaderno Original N°1, Fls. 22-27 y 35-47.

⁵ Cuaderno Original N°1, Fls. 84-85.

abusivos con menor de 14 años agravado, en concurso homogéneo y heterogéneo con el punible de incesto⁶.

7. El procesado apeló la sentencia condenatoria proferida por el *a quo*, que al ser desatada el 06 de marzo de 2017 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, confirmó la decisión⁷.

8. En oposición al fallo anterior, el defensor de **YEPES PASTRANA** interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó de manera oportuna la demanda⁸.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

9. El censor postuló un **cargo único** amparado en el numeral 1° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, acusando la sentencia del Tribunal Superior de Cali por *falta de aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal llamada a regular el caso.*

10. Como fundamento de lo anterior, manifiesta la falta de aplicación de los artículos 29 constitucional y 8° del Código Penal, vulnerándose la prohibición de doble incriminación, imponiéndose simultáneamente a su representado el agravante del canon 211 numeral 2° referido a *“El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar*

⁶ Cuaderno Original N°1, Fls. 119-123.

⁷ Cuaderno Original N°1, Fls. 134- 139.

⁸ Cuaderno Original N°1, Fls. 150- 208, presentada el 31 de mayo de 2017.

en él su confianza”, con el delito de incesto consagrado en el precepto 237 de la Ley 599 de 2000.

11. En su argumentación manifiesta que lo preacordado por su representado no corresponde a la pena impuesta, ya que el juzgador no tuvo en cuenta la garantía del *non bis in ídem* al condenarlo dos veces por los mismos hechos, reitera, con el agravante del art. 211.2 y el 237 de la Ley 599 de 2000.

12. Refuerza su dicho expresando que en diferentes sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha prohibido la concurrencia de esos dos preceptos penales, excluyéndose el referido agravante, ya que el delito de incesto tiene mayor riqueza descriptiva y debe ser aplicado en preferencia del otro, tal como se observa en CSJ – SP 25 may. 2011, Rad. 34.133; SP 31 oct. 2012 Rad. 33.657 y SP666-2017, 25 ene. 2017 Rad.41.948.

13. En consecuencia, propone el censor, la pena a imponerse debe ser de 9 años y 6 meses, por cuanto la sanción asignada se realizó tomando en cuenta que el tipo de actos sexuales abusivos con menor de 14 años tiene una pena de 9 años, que aumentada en un tercio en razón de dicha agravante, daba como resultado el guarismo de 12 años. A ese tiempo se le agregaron 6 meses por el concurso homogéneo de conductas punibles de actos sexuales y del punible de incesto. De esa forma al retirar el agravante – 3 años- se justifica la pena propuesta en su demanda.

14. Por lo anterior, solicita a la Sala de Casación Penal se *case parcialmente* la sentencia recurrida, y en su lugar se imponga la sanción penal correspondiente a **LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA**⁹.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

15. Tomando en cuenta que frente a la pandemia provocada por el COVID-19 no fue posible realizar de forma presencial la audiencia de sustentación del recurso, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dispuso en Acuerdo 020 de 2020, artículo 3.1 se surtiera el respectivo traslado por escrito, a fin de que se presenten los alegatos de sustentación y refutación de la demanda de casación incoada.

1. Defensa

16. El censor reiteró los argumentos esgrimidos previamente en el libelo sin alguna adición, ratificando su fundamentación y solicitud previamente descrita¹⁰.

2. Fiscalía

17. La Fiscal Doce Delegada ante esta Corporación manifiesta que debe prosperar el cargo formulado por el solicitante, por cuanto, amparándose en jurisprudencia de

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Oficio enviado por la Secretaría de la Sala de Casación Penal el 22 de febrero de 2021.

esta Sala, ha sido reiterativo y unánime el criterio de incompatibilidad del agravante establecido en el artículo 211 numeral 2º, cuando se ha imputado paralelamente el punible de incesto.

18. Dicho criterio ha sido reiterado recientemente en SP3141- 2020, 19 agt. 2020 Rad. 54.108, el cual confirma la línea jurisprudencial precedente sobre la vulneración del derecho al *non bis in ídem*, y ello adquiere relevancia cuando al revisar la imputación jurídica del agravante mencionado se justificó arguyendo el procesado era “*padre y jefe de hogar, que le daba particular autoridad, o las impulsaba a depositar en usted la confianza como tal*”.

19. Postura que fue ratificada por el juez de primera instancia en su sentencia y replicado por el Tribunal Superior de Cali al resolver la alzada interpuesta por el enjuiciado, en donde no se advirtió de esa irregularidad, debiéndolo corregir a fin de garantizar el debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial, asunto que ahora debe enmendar la Corte Suprema de Justicia en esta oportunidad. Por lo tanto solicita casar parcialmente la sentencia confutada¹¹.

2. Ministerio Público

20. El Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal puso de presente que la condición de padre de las víctimas en cabeza del procesado fue tomado en la cuenta

¹¹ Oficio FDCSJ-10100-19/02/2021, Radicado No. 20211600005711.

para estructurar la causal de agravación de los actos sexuales abusivos, así como también del delito de incesto, provocándose un desconocimiento al principio de doble incriminación consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, 8° del Código Penal y en diferentes tratados internacionales que recogen la prohibición de dicho fenómeno.

21. De esta forma, expone, en profusa jurisprudencia de esta Sala se ha descrito que la solución para este caso debe darse en favor del tipo penal que reúna mayor riqueza descriptiva en su tipicidad, y ello se resuelve eliminando el agravante del punible de actos sexuales abusivos, ya que el delito de incesto reúne las características propias que le permiten subsumir el agravante referido.

22. Por ello, se adhiere a la solicitud del defensor a fin de que se case parcialmente la sentencia de segunda instancia, y en consecuencia se redosifique la pena impuesta al procesado¹².

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

23. El recurso de casación se encuentra regulado en la Ley 906 de 2004 con la finalidad de lograr la efectividad del derecho material, el respeto a las garantías de quienes intervienen durante la actuación procesal, la reparación de

¹² Oficio PSDCP- CON No 9, del 17 de febrero de 2021.

los agravios a estos inferidos, así como la unificación de la jurisprudencia¹³.

24. En el presente asunto la Corte se ocupará de dar respuesta al reparo expuesto por el demandante, relacionado con la vulneración del principio de doble incriminación, al haberse condenado a **LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA** por los punibles de acto sexual abusivo con menor de 14 años, agravado por haber tenido posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima, en concurso heterogéneo sucesivo con el delito de incesto.

25. De esta manera se realizará *i)* un recuento jurisprudencial sobre la naturaleza y características del principio del *non bis in ídem*, para luego *ii)* determinar la incompatibilidad entre las disposiciones contenidas en los artículos 211 Inc. 2° y 237, para con ello *iii)* establecer si existió dicha vulneración en el caso en concreto, y *iv)* en consecuencia redosificar -si hay lugar a ello- la pena que se impuso al aquí procesado.

1. Del principio *non bis in ídem* y su desarrollo jurisprudencial

26. Se ha sostenido de forma reiterada¹⁴, que el legislador goza de un importante margen de discrecionalidad

¹³ Ley 906 de 2004, art. 180.

¹⁴Cfr. CSJ-SP, 20 feb. 2008, Rad. 21.731; SP 5420-2014, 30 abr.2014, Rad. 41.350; SP8057-2015, 24 jun.2015, Rad. 40.382, SP4294-2020, 28 oct. 2020, Rad. 51.234; CC -C-038/95; C-647/01; C-034/05; C-468/09, C-575/09; C-501/14 y C- 164/19. Así mismo: MIR PUIG, Santiago: *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires. Ediciones B de F, 2ª Ed., 2003, Págs.125-148. BUNZEL, Michael: *La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes*

en el ejercicio de la función de configuración normativa en materia punitiva, según lo previsto en los artículos 28, 29, 114 y 150 de la Constitución Política.

27. En ejercicio de esta facultad, el Congreso se halla autorizado para *i)* crear, modificar o suprimir figuras delictivas; *ii)* introducir clasificaciones entre ellas; *iii)* graduar las penas y fijar su clase y magnitud; *iv)* establecer regímenes para la atenuación o agravación punitiva y; *v)* consagrar reglas para el juzgamiento y tratamiento de los delitos, de acuerdo con las garantías del debido proceso¹⁵.

28. Aún cuando la libertad de configuración en materia penal es amplia, la propia jurisprudencia ha precisado que tal potestad no puede entenderse ni ejercerse en términos absolutos, ya que ella se encuentra sujeta al sistema de valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, los cuales le impiden al legislador proceder de manera arbitraria.

29. Con respecto a los límites a los que se encuentra sometido el legislador en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, se ha precisado que éstos pueden ser de dos tipos: *explícitos*, entendidos como las prohibiciones que de manera expresa le fija la Constitución al legislador en la materia, e *implícitos*, con los cuales se identifican las

jurídicos en la sociedad de la información. En: HEFENDEHL, Roland, VON KIRSCH, Andrew y WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico*. Madrid, Ed. Marcial Pons, 2003, Pág. 151.

¹⁵ Cfr. CC-C- 164/19.

limitaciones regulatorias que surgen de la lectura y aplicación sistemática de la Carta Política¹⁶.

30. En virtud de los primeros, y por expreso mandato de la Constitución, al legislador le está prohibido establecer las penas de muerte (art. 11), destierro o confiscación (art. 34), así como también someter a cualquier persona a torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 12). Por su parte, en lo que corresponde a los límites implícitos, ellos se materializan en el deber del Congreso de expedir normas que sean acordes con la realización de los fines esenciales del Estado (art. 2º), cuyo contenido se ajuste a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y que garanticen la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (arts. 2º y 5º)¹⁷.

31. Uno de los principios que se erigió en la Carta de 1991 al rango de garantía constitucional es el denominado *non bis in ídem*, el cual se encuentra previsto en el artículo 29 del texto fundamental, 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”.

32. 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

¹⁶ Cfr. CC- C-013/97, C-840/00 y C-034/05.

¹⁷ Cfr. CSJ-SP 5420-2014, 30 abr.2014, Rad. 41.350; SP8057-2015, 24 jun.2015, Rad. 40.382; SP015-2018, 17 ene. 2018, Rad. 50.023; SP1299-2020, 10 jun.2020, Rad. 53.165, y SP4294-2020, 28 oct. 2020, Rad. 51.234.

imputación y/o un doble juzgamiento o punición por un mismo hecho, independientemente de si la persona fue absuelta o condenada¹⁸.

33. Precisamente, al analizar el alcance del citado artículo 29 de la Carta, se ha señalado que el ámbito de protección del referido axioma 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, la expresión “juzgado”, que se utiliza como soporte del principio del *non bis in ídem*, 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*”¹⁹.

34. En ese sentido, se ha identificado que dicho apotegma 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*”²⁰; (ii) *investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un hecho por el cual ya había sido absuelta por una sentencia*

¹⁸ FRISTER, Helmut: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München. 4ª Edición. Ed. C.H Beck, 2009, Págs.5-6 §1 Párr.15. SATZGER, Helmut, SCHLUCKEBIER, Wilhelm; WIDMAIER, Gunter. *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*. 2º Edición. Ed. Carl Heymanns, 2014. Pág. 458 § 51 Párr.23.

¹⁹ Cfr. CSJ-SP, 25 may. 2011, Rad. 34.133; SP, 5 sep. 2012, Rad. 38.164; SP 31 oct. 2012, Rad. 33.657; SP3623-2014, 12 mar. 2014, Rad. 36.108; SP, 10 dic. 2014, Rad. 39.993; SP666-2017, 25 ene. 2017, Rad.41.948; SP3141-2020; 19 agt. 2020, Rad. 54.108; CC - C-575/09 y C- 164/19.

²⁰ Ésta manifestación del principio *non bis in ídem* 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**

en firme²¹; (iii) penar a una persona por un hecho por el cual ya había sido penada por una sentencia en firme²²; 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 penal²³. - Subrayado original-.

35. Sobre este último ítem se ha extendido su alcance por la Corte Constitucional (CC- T-575/93, C-229/08 y C-521/09) en donde se expuso que:

*“[e]l principio que prohíbe someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta, es expresión directa de la justicia material. En virtud de este principio, no le es lícito al juzgador fraccionar el hecho para convertirlo en varios delitos o traducirlo en varias penas. **Tampoco le es permitido valorar un mismo factor como elemento integrante del tipo penal y, a la vez, como circunstancia agravante del delito o de la punibilidad.** [En este sentido] (...) [e]l principio non bis in ídem actúa (...) como una protección al acusado o condenado contra una posible doble incriminación total o parcial”²⁴. -Negrilla y subrayado original-.*

36. Así mismo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁵, señaló que una de las expresiones del

²¹ 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 inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.”

²² 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.

²³ CC- C-521/09, citada por: C-164/19 subrayado original.

²⁴ CC- T-575/93.

²⁵ Cfr. SP, 26 mar. 2007, Rad. 25.629; SP, 6 sep. 2007, Rad. 26.591; SP, 25 may. 2011, Rad. 34.133; SP, 5 sep. 2012, Rad. 38.164; SP 31 oct. 2012, Rad. 33.657;

non bis in ídem, es la proscripción de que una misma circunstancia pueda dar lugar a dos o más consecuencias penales en contra del procesado o condenado, como ocurriría cuando se decida aplicar una causal de agravación punitiva sustentada en un hecho, que a su vez ya fue tenido en cuenta como elemento constitutivo del tipo, a partir de lo que se conoce como la *prohibición de la doble o múltiple valoración*.

37. Por último, en lo que atañe a los requisitos para que se configure esta prohibición que subyace en el principio del *non bis in ídem*, el Tribunal Constitucional manifestó que, además de la consagración por el legislador una causal de agravación basada en una circunstancia que a su vez es tomada en cuenta como elemento del tipo, resulta indispensable el cumplimiento de las siguientes exigencias:

“(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, puesto que, como lo ha señalado la Corte, la prohibición en comento “no excluye la posibilidad de que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando la conducta enjuiciada vulnere diversos bienes jurídicos y atienda a distintas causas y finalidades”.

(iii) Que la causal de agravación persiga finalidades idénticas a las buscadas con el tipo penal básico.

(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

SP3623-2014, 12 mar. 2014, Rad. 36.108; SP, 10 dic. 2014, Rad. 39.993; SP666-2017, 25 ene. 2017, Rad.41.948; SP3141-2020; 19 agt. 2020, Rad. 54.108.

acrediten una mayor lesividad en el bien jurídico protegido"²⁶.

2. Incompatibilidad entre las disposiciones contenidas en los artículos 211 Inc. 2° y 237

38. En pacífica jurisprudencia de esta Corporación se ha decantado el criterio según el cual, al concurrir dentro del proceso penal los punibles de incesto- art. 237- "*El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana*", y el agravante descrito en el canon 211 numeral 2° cuando "*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*", se estaría violentando al principio constitucional y convencional del *non bis in idem*.

39. Ello en razón a que -siempre y cuando así se justifique en la acusación y en el debate procesal-, la posición de autoridad se derive del vínculo paternal²⁷.

40. De esta forma, desde CSJ- SP, 25 may, 2011, Rad. 34.133 se fijaron premisas fundamentales para el debate puesto a consideración en esta oportunidad, teniendo como punto de partida la existencia de un concurso entre las mencionadas conductas punibles, para luego poder concluir frente a los tipos penales en pugna que:

"No admite discusión, entonces, que en atención a que con cada una de sus acciones el sindicado simultáneamente atentó contra los bienes jurídicos de la

²⁶ CC- C-521/09.

²⁷ Cfr. CSJ- SP, 25 may. 2011, Rad. 34.133.

libertad, integridad y formación sexuales y contra la familia, procedía imputarle la concurrencia del acto sexual y el incesto.

(...)

La primera disposición (el art 211.2) agrava el delito de acto sexual con menor de 14 años cuando quiera que el agresor ostente un carácter, posición o cargo que le genere autoridad sobre la víctima, o que ésta deposite en él su confianza, prevalida de la misma condición. La segunda, tipifica como incesto el hecho de que, en este caso, el padre realice un acto sexual con su hija.

Teóricamente puede asistirle razón a la Fiscalía en cuanto la causal de mayor punibilidad no deriva, de necesidad, del vínculo sanguíneo, pues no solamente en la vida social existen muchas relaciones sin parentesco que pueden generar las condiciones de la norma (maestro-alumno, jefe-subalterno), sino que, igual, no obstante la existencia de ese vínculo familiar, puede suceder que el mismo no signifique nada para los involucrados en el hecho y que sea una circunstancia ajena la que tipifique la agravante.

(...)

En las condiciones dichas, compete a la Corte, en aplicación del non bis in ídem, restaurar el derecho vulnerado.

Para hacerlo, deben confrontarse las dos disposiciones que regulan la misma situación fáctica, esto es, los artículos 211.2 y 237 del Código Penal, y, sin que sea necesario adentrarse en profundas disquisiciones teóricas, el asunto se soluciona dando aplicación preferencial a aquella disposición que con mayor riqueza descriptiva recoja integralmente lo acaecido.

En ese contexto, se tiene que en tanto la causal de agravación reprocha, no necesariamente el nexo familiar, sino el carácter, posición o cargo que ostente el agente activo, se tiene que el tipo penal del incesto sanciona al ascendiente que realice el acto sexual con su descendiente, que fue lo que con exactitud sucedió, en tanto el padre realizó tales acciones con su hija.

Por tanto, se excluirá la causal de agravación del numeral 2º del artículo 211 del Código Penal, dejándose vigente la tipificación del incesto”.

41. La presente jurisprudencia se ha mantenido vigente en casos de idéntica confrontación entre estos punibles en donde -acudiendo al criterio de elegir el delito con mayor riqueza descriptiva-, debe excluirse el agravante del artículo 211.2²⁸.

3. Del caso en concreto

42. A fin de determinarse si en el *sub judice* procede la aplicación de la jurisprudencia citada precedentemente, se transcribirá el aparte del escrito de acusación, en el cual se argumentan las razones por las cuales el ente acusador decidió imputar los tipos penales mencionados a **LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA**:

*“Estima la Fiscalía que existen EMP e información legalmente obtenida, de las cuales se puede afirmar, con probabilidad de verdad, que la(s) conductas delictivas existieron y que el imputado es su presunto autor material. Las conductas punibles que se le imputan al señor LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA constituyen un concurso material homogéneo y sucesivo de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, denominado específicamente ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, que tipifica y sanciona el CP. en su libro 2º, título VI, capítulo 2º, art 209 modificado art. 4º de la Ley 1236 de 2008, inciso 1º, con prisión de 9 a 13 años. Conductas en laas (Sic) cuales concurre la circunstancia agravante específica señalada en el art. 211 del CP. numeral 2º, modificado por el art. 7 de la Ley 1236-08, que incrementan las penas de una tercera parte a la mitad, **por la condición de padre y jefe de hogar que le daba particular autoridad sobre las víctimas o las impulsaba a depositar en el su confianza.** Con estas conductas concurre el delito de INCESTO que tipifica y sanciona el*

²⁸ Cfr. CSJ-SP, 25 may. 2011, Rad. 34.133; SP, 5 sep. 2012, Rad. 38.164; SP 31 oct. 2012, Rad. 33.657; SP, 10 dic. 2014, Rad. 39.993 y SP3141-2020 y 19 agt. 2020, Rad. 54.108. También en casos donde se aplica dicho raciocinio en: SP3623-2014, 12 mar. 2014, Rad. 36.108, SP666-2017, 25 ene. 2017, Rad.41.948 y AP2150-2018, 30 may.2018, Rad. 51.741.

*mismo código, en su libro 2º, título VI, capítulo quinto, Art. 237 con prisión de 16 a 72 meses, **por la condición de padre biológico de las menores víctimas, cometido en concurso ideal y sucesivo.** La punibilidad del concurso dde (Sic) delitos se regula por lo dispuesto en el Art. 31 del CP²⁹.-* Negrillas fuera de texto original-.

43. Dicha consideración fue ratificada por el Juzgado Segundo Penal de Conocimiento de Cali, el cual al aprobar el preacuerdo entre Fiscalía y procesado, anotó:

*“Además que el comportamiento del señor LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA es totalmente reprochable y se enmarca dentro de la imputación que le hiciera la delegada de la Fiscalía General de la Nación, pues, **valiéndose de la autoridad como padre biológico de las víctimas aprovechó su posición y ejecutó su actuar sin reparos**”³⁰.*

44. Los jueces de segunda instancia revalidaron integralmente dichas manifestaciones al desatar el recurso de apelación presentado por el mismo procesado, mencionando que con su conducta se “*atentaron contra la libertad, integridad y formación sexuales de sus dos hijas menores en múltiples ocasiones- durante mas de diez años- (...)*”³¹.

45. En esa medida, resulta evidente que la Fiscalía, ratificado por las instancias, justificaron la imposición de la agravación punitiva del artículo 211.2 de la Ley 599 de 2000, basados única y exclusivamente de que el acto sexual cometido fue realizado por el padre de la víctima. Allí se utilizó una argumentación tautológica -como quedó evidenciado- en la cual se afirmó que la posición de autoridad

²⁹ Cuaderno Original No 1, Fl. 44.

³⁰ Cuaderno Original No 1, Fl. 121.

³¹ Cuaderno Original No 1, Fl. 134.

sobre las menores victimas se derivaba justamente del vinculo parental, situación que paralelamente le permitió imputar y condenar por el delito de incesto descrita en el artículo 237 *idem*.

46. En esas condiciones le asiste razón al recurrente, y ante ello le compete a la Corte, en aplicación del principio del *non bis in idem*, restaurar el derecho vulnerado.

4. Redosificación punitiva

47. En vista de lo anterior, acudiendo al criterio ya anotado y reiterado en providencias de esta Sala de Casación Penal, debe conservarse el tipo penal que reúna mayores elementos de riqueza descriptiva, que en este caso resulta el punible de incesto, procediendo a eliminarse el agravante del artículo 211 numeral 2°.

48. Como en esta ocasión no se estableció una dosificación punitiva, por cuanto la pena impuesta fue fruto de un preacuerdo- art. 61 Inc. final Código Penal-, a fin de poder determinar concretamente el guarismo a eliminar de la sanción impuesta, debe acudirse a la sentencia de segunda instancia que, justamente en aras de dilucidar la pena impuesta, realizó las siguientes consideraciones:

“1.- La pena de 12 años de prisión- que corresponde a la mínima prevista en el tipo penal materia de imputación art. 209 y 211-2 del C.P.- fue la que el recurrente pactó voluntariamente al delito más grave- uno de los múltiples abusos sexuales-, prueba de lo cual es que aquel, una vez interrogado por el a quo sobre la comprensión de los cargos; el contenido del Acuerdo y las condiciones punitivas que el

mismo le acarrearía, manifestó de manera libre, consciente, voluntaria y debidamente informada estar de acuerdo con la negociación (...)

2.- Debido a que las conductas desplegadas por el apelante atentaron contra la libertad, integridad y formación sexuales de sus dos hijas menores en múltiples ocasiones- durante más de diez años-, de una parte, la fiscalía accedió a incrementar 6 meses por el concurso homogéneo sucesivo de actos sexuales agravado y el concurso homogéneo sucesivo de incestos (...)”.

49. Lo anterior revela que, -tal como lo anota el censor coadyuvado por los representantes de la Fiscalía y el Ministerio Público- los 9 años corresponden al mínimo de la pena impuesta por el delito de acto sexual abusivo con menor de 14 años (el cual establece una sanción de 9 a 13 años). Como consecuencia de ello, se acordó incrementar en un tercio dicha conducta en razón de la agravante del artículo 211.2- esto es 3 años adicionales-, resultando en 12 años. Adicionalmente, en razón del concurso homogéneo sucesivo de los otros actos sexuales cometidos en un período desde el año 2002 hasta el 2013 y por el incesto imputado, se incrementó su condena en 6 meses.

50. Ello conlleva inexorablemente a concluirse que el guarismo a eliminarse para garantizar el axioma del *non bis in idem* son los 3 años que se adicionaron a la pena principal motivados bajo el agravante referido, resultando una sanción de 9 años y 6 meses a imponerse al aquí procesado luego de dicha operación aritmética.

51. No obstante lo anterior, cabe destacar que siguiendo el criterio expuesto en CSJ- SP666-2017, 25 ene.

2017, Rad. 41.948³², en donde se enuncia debe existir una relación proporcional entre la pena principal impuesta y la que se otorga en razón del concurso, se observa en el presente caso debe revisarse la sanción de 6 meses por cuanto ésta tuvo como base el guarismo de 12 años.

52. De esta forma, efectuando un ejercicio aritmético para redosificar la condena de 6 meses, a fin de que guarde congruencia con la nueva pena básica de 9 años, esta da como resultado 4 meses y 15 días³³.

53. En conclusión de todo lo anterior la pena a imponerse a **YEPES PASTRANA** será de 9 años, 4 meses y 15 días de privación de la libertad.

54. Para finalizar, la Sala debe advertir que, pese a evidenciar irregularidad en la celebración y aprobación del preacuerdo, dado que por tratarse de dos víctimas menores de edad, no habría lugar al mismo -artículo 199 de la Ley 1098 de 2006-, lo cierto es que no es posible ahondar en el tema, toda vez que la defensa del procesado fue la única parte que recurrió en casación, con lo cual se impone salvaguardar el principio de *non reformatio in pejus* ³⁴.

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,

³² Criterio también sostenido en: CSJ-SP, 25 nov. 2015, Rad. 46.325; SP666-2017, 25 ene. 2017, Rad.41.948; SP8093-2017, 7 jun. 2017, Rad. 46.882 y SP4294-2020, 28 oct. 2020, Rad. 51.234

³³ Lo anterior aplicando una regla de tres simple: $6/12 = 0.5 \times 9 = 4.5$ meses.

³⁴ De esta misma forma se sostuvo recientemente en: Cfr. AP1537-2021, 28 abr. 2021, Rad. 57.852.

RESUELVE

1°. - **CASAR PARCIALMENTE** por razón del cargo formulado, declarando que **LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA**, en el comportamiento realizado –actos sexuales con menor de 14 años e incesto-, no concurre la circunstancia de agravación específica prevista en el numeral 2° del artículo 211 del Código Penal.

2°. - **FIJAR**, como consecuencia de lo anterior, la sentencia impugnada, para condenar a **LUIS AUGUSTO YEPES PASTRANA** a la pena principal de **9 años, 4 meses y 15 días de prisión**, junto a la inhabilitación de derechos y funciones públicas por ese mismo término.

3°. - **PRECISAR** que, en lo demás, el fallo recurrido se mantiene incólume.

4°.- INFORMAR a las partes e intervinientes que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



GERSON CHAVERRA CASTRO



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

2021



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal 2021