

Proceso No 17151

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrados Ponentes

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

EDGAR

LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta No. 40

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil cuatro (2.004).

VISTOS:

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado WILLIAM BOLIVAR PINEDA contra la sentencia de diciembre 15 de 1.999 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual confirmó la emitida en primera instancia por el Juzgado Cuarenta Penal del Circuito de la misma ciudad el 18 de junio del precitado año -modificándola en relación con la pena de prisión impuesta- al hallar responsable al sindicado del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años -en concurso homogéneo y sucesivo- siendo ofendida JINETH PAOLA GONZÁLEZ ROJAS.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Así fueron condensados por el ad quem en la sentencia recurrida:

“La menor JINETH PAOLA GONZALEZ ROJAS nació el 18 de mayo de 1983. WILLIAM BOLIVAR PINEDA conoció a la madre de JINET PAOLA cuando ésta tenía ocho años de edad, hizo vida marital con aquélla, conviviendo los tres bajo un mismo techo.- Cuando JINETH PAOLA contaba con 13 años de edad, BOLIVAR PINEDA la accedió carnalmente; así continuaron sus relaciones, hasta que en el mes de junio de 1997 quedó embarazada, naciendo un niño el 1° de abril de 1998.- Conocida la anterior situación por el padre legítimo de JINETH PAOLA, éste formuló denuncia penal contra WILLIAM BOLIVAR PINEDA...”

Luego de una brevísima investigación previa, la Fiscalía dispuso adelantar formal proceso, ordenando la vinculación del imputado, la que se materializó a través de indagatoria una vez atendida por aquél la citación efectuada (fl 24). En su momento y mediante interlocutorio de abril 7 de 1999 se le definió situación jurídica con detención preventiva, imputándosele a BOLÍVAR PINEDA autoría de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 303 CP derogado), agravado por la causal 2ª del artículo 306 ídem, dado el carácter que ostentaba el agente que llevó a la mujer a depositar en él su confianza. Al mismo tiempo se le negó la libertad provisional y se dispuso su captura, la que se ejecutó con posterioridad.

Luego de practicadas algunas pruebas testimoniales, de negársele la excarcelación insistentemente demandada y de concedérsele la detención domiciliaria, el sindicado solicitó se le dictara sentencia anticipada (fl 124), lo que condujo al instructor a realizar en junio 1° de 1999 la diligencia de imposición de cargos, los cuales se concretaron sobre igual imputación a la formulada en la medida de aseguramiento, precisándose ya la configuración del concurso homogéneo y sucesivo, habiendo sido aquéllos -con esta adición- aceptados sin condicionamiento alguno (fl 131).

La mencionada actuación abrió paso al proferimiento de la sentencia de primer grado por parte del Juzgado 40 Penal del Circuito, despacho que al hallar respetadas las

garantías fundamentales concretó en 62 meses y 20 días tanto la pena principal de prisión como la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, al tiempo que condenó al acusado al pago de los perjuicios causados con las infracciones y le negó la condena de ejecución condicional, decisión así concebida que fue apelada por el defensor pretendiendo ante la segunda instancia una redosificación punitiva más benéfica y la consecuente concesión del mecanismo sustituto.

El Tribunal Superior de Bogotá al desatar la impugnación vertical y a través de una forma de tasación de la sanción distinta a la utilizada por el juzgado, la fijó en 58 meses y 20 días, confirmando las demás determinaciones, providencia esta última contra la cual el defensor del inculcado interpuso oportunamente el recurso extraordinario que ocupa a la Corte.

LA DEMANDA:

Con fundamento en la causal primera de casación -cuerpo primero-acusa el defensor la sentencia de incurrir en violación directa de una norma sustancial, alegando falta de aplicación de los artículos 6 y 303 “contenidos en el Decreto 2700 de 1991”, aplicación indebida del artículo 5 de la Ley 360 de 1997, e interpretación errónea del artículo 26 del C.P. derogado.

En el acápite “Fundamentos del cargo y de la causal aducida” explica que el Tribunal modificó la sentencia en cuanto a la pena y aplicó como base la mínima prevista en el artículo 5 de la Ley 360 de 1997 (vigente desde febrero 11 de ese año) que subrogó al 303 del C.P. esto es, cuatro (4) años de prisión y la aumentó en dieciséis (16) meses por la circunstancia de agravación reglada en el artículo 306-2 del citado estatuto. Luego, el Tribunal modificó la tasación del juzgado respecto del concurso, para aplicar por favorabilidad las normas derogadas por la Ley 360, imponiendo veinticuatro (24) meses y no treinta (30) como determinó el juzgado.

Precisa también que el ad quem reconoció la continuidad de la conducta en el tiempo, iniciada en vigencia de una ley y continuada en la otra.

Para el defensor -luego de aceptar los hechos conforme los concibieron las instancias- resulta indiscutible que las conductas ilícitas se consumaron tanto cuando se encontraba “en vigencia el artículo 303 del Código Penal expedido mediante Decreto 2700 del año de 1991” (sic), como cuando rigió la Ley 360 de 1997, esto es, con posterioridad al 11 de febrero de ese año, disposición que consagraba una pena de 4 a 10 años de prisión, a diferencia de la primera que preveía sanción de la misma especie de 1 a 6 años.

Para el censor la favorabilidad consistía en tener en cuenta la norma que preveía la pena más leve, vale decir, “la prevista en artículo 303 del Código Penal (decreto 2700 de 1991” (sic), de uno a seis años, siendo esta la base de la punibilidad, mostrándose por ello errado el procedimiento del Tribunal al precisar que no es admisible “en este caso la tesis de la ley de favorabilidad, pues la comisión del hecho punible continuó por parte del procesado, ya vigente la citada Ley 360 de 1997 y por ende, siendo ésta la que contempla la pena más grave, es la que sirve de referencia como claramente lo indica el citado artículo 26 del Código Penal”. Con ese actuar -según la censura- el fallador dejó de aplicar los artículos 303 y 6 del C.P. reguladores de la pena más ventajosa y de la favorabilidad, respectivamente.

Crítica a continuación el recurrente que -contradictoriamente- el juzgador sí haya dado aplicación a la favorabilidad pero para tasar el aumento por razón del concurso, aplicando -ahí sí- el original artículo 303 sobre la base de que la mayoría de conductas similares se ejecutaron en su vigencia, toda vez “que es imposible saber el número de veces que infringió la ley mi defendido”.

Sostiene igualmente el quejoso que cuando respecto del concurso la ley alude a la pena más grave lo hace “en razón a la punibilidad de delitos diferentes que deben ser

sometidos a acumulación punitiva y no un mismo delito que se ha violado sucesivamente en el tiempo bajo una misma finalidad y bajo los mismos elementos estructurantes”, como en este caso, de cara al cual -enfatisa- se está “frente a un mismo delito, una misma conducta, unos mismos hechos punibles”.

De otro lado, recalca el casacionista, para cuestionarse, que siendo un concurso homogéneo y sucesivo por qué se aplican dos normas diferentes que prevén sanciones diferentes, si la base de la pena es un mismo acceso carnal con menor de 14 años, concluyendo -en auto respuesta- que por esa razón la pena debe ser la misma.

Invocando una directriz jurisprudencial de esta Sala (abril 5 de 1974. MP Dr Luis Eduardo Mesa V.), y en aras de justificar su tesis sobre la aplicación indebida del artículo 5 de la Ley 360 de 1997, el recurrente precisa que el delito por el cual se condenó a su cliente “empezó para la vigencia de una ley, la favorable, y continuó en vigencia de la nueva ley, la restrictiva, desfavorable o más grave, por lo que el conflicto se da y también la solución [siendo] la aplicación de la ley permisiva, la menos grave, la prevista en el decreto 2700 de 1.991” (sic)

Finalmente, el otrora apelante estima que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 26 del C.P. al considerar como pena base para estructurar el concurso y precisar la dosificación “que la pena más grave era la mayor entre dos leyes aplicables y que la favorabilidad no se aplicaba a ese evento. Olvidó que si se está frente a un concurso homogéneo, se tiene que es uno mismo el delito que se toma como base para la dosificación y es ese mismo delito el que se toma en cuenta para el aumento en razón a los (sic) sucesivo de su ejecución. Sin embargo aplicó lo que consideró favorabilidad para regular el aumento punitivo, aplicando dos diferentes normas reguladoras de una misma situación, en una favorabilidad parcial que no es favorabilidad, pues si se aplica la norma favorable se debe hacer tanto en la base de la punibilidad como en el factor de aumento”.

En consecuencia, solicita a la Corte que en aplicación real de la favorabilidad se considere la pena más benigna y se le dé trámite, y -a su vez- que con base en ese quantum de uno a seis años se redosifique “lo que a bien se tenga en razón de la agravante y del concurso sucesivo en el tiempo”, para lo cual habrá de casarse la sentencia y dictarse el fallo de reemplazo.

Cargo dos

Con fundamento en la misma causal y alegando nuevamente violación directa de una norma sustancial (art. 299 del C.P.P.) por falta de aplicación, recrimina la sentencia porque en ella no se le reconoció al acusado la rebaja de pena por confesión.

En el acápite “Fundamentos del cargo y de la causal” parte de resaltar que el juzgado reconoció que su cliente aceptó libre y espontáneamente los cargos, coincidiendo éste en su relato con lo depuesto por la ofendida. Por ello, les faltó al juzgado y al Tribunal dar aplicación al artículo 299 del C.P.P. en cuanto prevé rebaja de pena cuando exista confesión, máxime cuando la totalidad de los presupuestos para ello se dan a cabalidad, pues aparte de tratarse de una confesión simple, ésta es el fundamento de la sentencia, toda vez que en esta clase de delitos -arguye- la prueba es difícil de encontrar, razón por la cual la aceptación de cargos en indagatoria y en la respectiva diligencia de imposición, deben y tienen que ser el fundamento de la condena, pues sin ellos no se estructuraría la imputación.

Enfatiza que no es que el juzgado y el Tribunal hayan desconocido la confesión sino que no aplicaron la norma que por esa razón permite reducir la pena, y termina igualmente solicitando la casación del fallo y su sustitución, disponiendo la rebaja de pena correspondiente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

Luego de efectuar un recuento de los hechos, acudiendo para ello al resumen del a quo; de determinar el trámite procesal y de sintetizar la demanda, la Procuraduría da respuesta a los dos reproches así:

En relación con el primer cargo entiende el Ministerio Público que cuando el censor invoca el Decreto 2700 de 1991 como fuente del tipo cuya solicitud depreca, está haciendo referencia es al Decreto 100 de 1980 por medio del cual se adoptó el código penal, dado que con aquella legislación lo que se expidió fue el de procedimiento penal.

Considera el representante social que la demanda incurre en contradicción insalvable que la hace impróspera, cuando en ella se estima que se está frente a un delito unitario ejecutado en vigencia de dos legislaciones, para cuya solución debe acudir a las normas del concurso y adoptarse como pena base la más benigna, esto es, la prevista en el artículo 303 del Código Penal anterior. Y es contradictorio porque si lo que se considera estructurado es un delito unitario, ello se contrapone al concurso de hechos punibles, pues o se está frente a una sola conducta (típico del delito unitario) o los comportamientos infringen varias disposiciones o varias veces la misma disposición, lo que los hace concursantes.

Analiza luego el Delegado el alcance del concurso homogéneo y sucesivo precisando que sus conductas componentes deben examinarse de manera integral a efectos de demostrar si cada una en forma independiente, reúne las exigencias necesarias para predicar su carácter de punible. Y si ello es así, el examen fáctico procederá respecto de la disposición vigente al momento de la realización del hecho, salvo la expedición de una ley posterior aplicable por favorabilidad. Por eso le da la razón al Tribunal cuando distinguió típicamente las conductas cometidas en una y otra legislación, concluyendo la Procuraduría que “en el concurso material homogéneo y sucesivo los distintos comportamientos punibles que lo conforman han de examinarse conforme a la ley vigente al momento de su realización”.

Y en cuanto a la aplicación de la favorabilidad la halló el Ministerio Público bien utilizada por el ad quem pues los delitos ejecutados en vigencia del artículo 303 deben seguir siendo reglados por esa normatividad al contemplar una pena menor, aplicándose así, ultractivamente, una norma más ventajosa; y ya frente a las disposiciones del concurso anota que la base ha de ser uno de los delitos cometidos en vigencia de la ley que lo sancionaba con pena mayor, aplicando el tratamiento punitivo más benigno en relación con los ejecutados en la otra norma, pero -en todo caso- respetando el límite aritmético. Y como así decidió el Tribunal, su proceder fue atinado.

Se ocupa luego el Procurador de examinar el caso a la luz del parágrafo del artículo 31 del actual Código Penal, relativo al delito continuado, precisando previamente que el citado dispositivo no consagra expresamente sus requisitos, aunque del texto pueden inferirse la unidad de tipo, de bien jurídico y de sujeto activo, así como el factor temporal de las conductas. A su juicio, en la legislación nacional, para la aplicación del delito continuado, además de la presencia de la unidad de designio (para distinguirlo del concurso material, homogéneo y sucesivo), no puede exigirse la unidad de sujeto pasivo pues éste puede ser plural en el evento de bienes jurídicos no personalísimos.

Bajo esa óptica -continúa la Delegada- en el asunto bajo análisis se estaría frente a un delito continuado “entendido como pluralidad de comportamientos típicos, antijurídicos y culpables” surgiendo el inconveniente relativo a que iguales conductas típicas tienen señaladas penas distintas, debiéndose decidir cuál de ellas ha de tenerse como base punitiva, problemática para cuya solución acude a un doctrinante extranjero, quien predica que al analizarse cada conducta de acuerdo con la ley vigente al tiempo de su comisión, y mediando un cambio de legislación haciendo más gravosa la sanción debería -conforme al principio general de la acción continuada- atenderse el juzgador a la pena más grave, sin que por esa vía pueda desconocerse el sistema de la acumulación material de penas. Concluye así su concepto: “Con la vigencia del nuevo código habría lugar a la favorabilidad porque el aumento por los delitos realizados con anterioridad a la ley 360

supera la tercera parte de la pena mínima tomada para la dosificación punitiva, tarea que pudiera cumplir oficiosamente la Corte si así lo considera”

De cara al segundo cargo la Procuraduría, con invocación de precedentes de esta Sala referidos al adecuado encauzamiento del ataque en casación de la rebaja de pena por confesión, resalta que el fallador ciertamente admitió que el entonces imputado sí aceptó los hechos, porque ello correspondía a la verdad, pero sin que el acogimiento a la sentencia anticipada comportara confesión, como que para su reconocimiento han de hacer presencia unos requisitos adicionales, entre ellos el -antes exigido por vía de jurisprudencia y hoy normativamente consagrado- que la confesión sea el fundamento de la sentencia, dado que en el caso de autos revisados “los contenidos de la sentencia se colige que la confesión no constituyó su fundamento, como quiera que aún prescindiendo de ella existe suficiente evidencia probatoria para condenarle”, pasando a continuación a resaltar los elementos de prueba que de manera autónoma sostienen el peso de la condena, estimando finalmente que el cargo no debe prosperar.

CONSIDERACIONES:

Estima la Corte que ab initio se muestran útiles dos precisiones: (i) que los dos cargos formulados no tienen la condición de principal y subsidiario, como los valoró la Procuraduría, pues -de una parte- ni se anunció en el libelo ni -de otra- su formulación exigía esa condición porque podían perfecta y válidamente plantearse de manera autónoma o independiente, dado que tanto la modificación punitiva por aplicación de la favorabilidad que se reclama en la primera queja, como la rebaja de pena por confesión que se demanda en la segunda pueden subsistir -o dado el caso reconocerse- sin sujeción de una a la otra. A lo que a la postre apunta el censor es que al prosperar las dos tachas se conjuguen y apliquen la redosificación y la reducción. Mutatis mutandis, la supervivencia separada de las dos censuras opera por razón de no ser excluyentes. (ii) Que tal como lo estimó el Delegado, ninguna irregularidad de fondo -con la

potencialidad de enervar el análisis de los cargos- comporta el que el demandante haya citado como código penal el Decreto 2700 de 1991, correspondiente -como se sabe- al estatuto procesal penal.

Primer cargo.

Conforme se dejó anunciado y como la inicial pretensión del libelista gira en torno -y en esencia- alrededor del principio de favorabilidad, resulta conveniente precisar el concepto de la misma, así como su alcance, siguiendo en ese propósito los lineamientos que ha trazado la jurisprudencia de esta Sala, sobre todo a partir de la vigencia de los nuevos estatutos penales.

Así, puede afirmarse de entrada que la favorabilidad, tal como la regla el artículo 29 de la Carta Política, al lado de la legalidad, la defensa, la presunción de inocencia, la cosa juzgada, etc. es un ingrediente o un componente del genérico debido proceso.

Asimismo cabe predicar que (tal como lo concibe el texto superior y el entendido que le ha dado la Corte) aquel fenómeno encuentra asiento en el tránsito de legislaciones, esto es, de cara a la sucesión de leyes en el tiempo y más específicamente cuando el operador judicial se enfrenta a una conducta punible cometida en vigencia de una ley, pero que debe decidir (o resolver un asunto atinente a ella) cuando otra normatividad regula de manera distinta el mismo problema jurídico.

Se ubica, pues, el juez frente a dos leyes (o a más, en los casos de las intermedias o aún de las temporales) potencialmente llamadas a gobernar la solución que busca, particularidad que -a su vez- lo enfrenta a un proceso mental comparativo de aquéllas, el que debe desembocar en la aplicación de la más favorable. Así lo precisó esta célula judicial en sentencia de noviembre 19 de 2003 con ponencia del Magistrado Edgar Lombana Trujillo: “La aplicación del principio de favorabilidad, conforme al reiterado criterio de la Corporación, presupone la existencia de un conflicto de leyes en el

tiempo, es decir, de sucesión de normas que regulan una misma hipótesis fáctica de modo diferente, resultando una de ellas menos gravosa para los intereses del procesado” (Rad. 19848). De igual manera lo había predicado en casación de septiembre 3 de 2001, siendo ponente el Magistrado Jorge Aníbal Gómez Gallego: “En primer lugar, la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, desde luego siempre de cara a una vigencia sucesiva de normas” (Rad. 16837).

La reseñada dualidad de normatividades puede comportar tres posibilidades en particular, a saber: (i) que la nueva ley -en el aspecto jurídico que interesa- no apareje distinción alguna, como ocurrió v.g. con el delito de falsedad en documento privado, como que tanto en el C.P. derogado (art 221) al igual que en el actual (art. 289) la prisión es de 1 a 6 años. O como sucedió -para hacer referencia a normas procesales- con los motivos de excarcelación, pues en esencia son similares las ocho causales previstas tanto en el nuevo estatuto (art 365) como en el anterior (art. 415, modif. L 81/93-55); (ii) que la nueva legislación comporte un beneficio para el sindicado, cabiendo como ejemplo el homicidio, sancionado bajo la Ley 40/93 con prisión de 25 a 40 años y hoy a la luz de la Ley 599/00 con pena de similar naturaleza pero de 13 a 25 años; y, (iii) que el fenómeno sea el contrario, esto es, que la nueva ley apareje una solución más gravosa para el procesado, como sucedió con el hurto calificado por la violencia, sancionado por la Ley 100/80 (art. 350) con prisión de 2 a 8 años, al paso que en el nuevo código se le señala pena de 4 a 10 años (art. 240).

En los eventos anteriores la aplicación de la ley debe inclinarse, en el primer caso (no empece la indiferencia que pudiera mostrarse por aplicarse una u otra) por la vigente al momento de la definición del asunto, si en cuenta se tiene que empezó a regir a partir de su promulgación, pues de invocarse -en la casuística propuesta- la aplicación de la que regía el día de la comisión del hecho, ello conllevaría continuar dándole vida a una legislación que ya dejó de regir, lo que en el fondo comportaría una aplicación ultractiva, sin mediar favorabilidad.

En las dos hipótesis restantes, a través de las cuales se abren paso sendas excepciones al principio general de la irretroactividad de la ley, no hay duda que el servidor judicial habrá de aplicar la más favorable, como que sólo de esa forma cumplirá el mandato constitucional que lo impele a acudir y hacer efectivo el principio superior, dándole así cabida a la retroactividad o a la ultraactividad, para -en su orden- aplicar con efectos hacia atrás la ventajosa, de modo tal que -idealmente- se entienda y se acepte como rigiendo para el momento en que el delito se cometió, sin importar que sea posterior, tal como lo autoriza la Constitución, o -en el postrer enunciado- para que en la definición del asunto concreto siga la ley original surtiendo plenos efectos aún a pesar de su derogatoria o de su declaratoria de inexecutable, tal como lo ha admitido la jurisprudencia de cara a una norma favorable.

Debe recordarse igualmente, que la favorabilidad encuentra espacio de aplicación alrededor o frente a la legislación positiva -y en el específico campo de la sucesión de leyes en el tiempo- mas no de cara a la jurisprudencia (cfr casación nov 29/02 Rad 17358), como que es aquél el alcance que se colige de la simple lectura del texto constitucional.

Asimismo, ha de precisarse que en la actualidad se muestra bien reducido el campo de restricción de la aplicación de tal garantía, ofreciéndose -en cambio- amplio en el entendido en que se pueden conjugar normas sustantivas y normas procesales, por ejemplo

-respecto de aquéllas- las que prevean una pena privativa de libertad y otra que regule la multa, o las que señalan la prisión y las que reglan las accesorias, etc., condicionado todo ello a que el instituto jurídico en particular mantenga su identidad, estructura, sentido y alcances jurídicos. Así lo ha señalado la Sala:

“Quienes piensan que la favorabilidad sólo puede preverse en relación con el

código, ley o tipo complejo como sistemas o instituciones, y así, verbigracia, aplicarían integralmente el nuevo estatuto porque consagra una pena privativa de la libertad más benigna, no obstante contemplar una sanción pecuniaria más grave que la del anterior ordenamiento, sencillamente han dejado de aplicar la favorabilidad en esa última materia, a pesar de ser ésta perfectamente deslindable en su concepción teórica y práctica, aunque haga parte de un todo orgánico; o, en otras palabras, le han puesto restricciones a un instituto que el legislador quiere que los jueces desplieguen generosamente, siempre y cuando el precepto conserve su identidad y sentido jurídicos, por más que en su aplicación concreta deba relacionarse con otras normas. (MP Dr Jorge Aníbal Gómez G. Rad. 16837)

Ahora bien -entre muchas otras circunstancias- al mismo problema jurídico se enfrenta el operador judicial cuando ha de examinar variantes tales como el delito permanente y el concurso delictivo, figuras ambas que de manera evidente muestran relación con la solicitud de casación consignada en la demanda, siendo por ello necesario hacer referencia a tales tópicos, aclarándose sí que si bien la invocación al delito permanente no se ofrece expresa en la demanda, no a conclusión distinta puede arribarse cuando se plantea la comisión de un delito unitario -tal como lo resalta la Procuraduría- cuya ejecución comenzó en vigencia de una ley y continuó ejecutándose cuando -y mientras- ya regía otra. Para el caso concreto y sobre la base de lo expresado en el libelo de censura, delito unitario y delito permanente ofrecen equivalencia.

Así, respecto de la primera de las especies, recuérdese cómo el delito permanente está caracterizado porque una vez ejecutada la conducta sus efectos se prolongan en el tiempo, los que subyacen y manifiestan (produciendo similares efectos jurídicos a los materializados al momento de su consumación, inclusive agravándose, como cuando en el caso del secuestro la retención dura más de 15 días, como lo precisa el artículo 170 del C.P. modificado por la Ley 733/02,3) en todo tiempo y lugar mientras se desarrolla la conducta típica, como ocurre con la ya referda, el porte ilegal de armas de fuego, el

porte de estupefacientes, la rebelión, etc.

Una característica esencial de un tal comportamiento apunta a que estructura un delito unitario, esto es, elimina toda posibilidad de cualquier forma de concurso, dado que -para hacer referencia a uno solo de los elementos del tipo penal- únicamente se lleva a cabo la ejecución de una exclusiva conducta típica, sin importar el tiempo de duración, o el lugar o lugares donde se ejecute, o el que en pleno desarrollo se sumen más partícipes, tal como sucede con el secuestro, en la medida en que éste se consuma en el momento de la retención ilícita de la víctima, sin importar que la aprehensión física haya tenido ocurrencia en un determinado sitio y luego sea trasladada a otras regiones, donde finalmente se le libere o muera, así como tampoco interesa que luego de retenida concurren a su comisión nuevos actores, circunstancias éstas que explican el por qué durante la retención es posible predicar igualmente la comisión del ilícito, lo que a su vez descarta que se pueda reducir o sintetizar la prédica de la ilicitud a la simple proyección de efectos.

En esas condiciones, esto es, de cara a la existencia de un delito único -que por igual pone de resalto la Procuraduría- surge a su turno la posibilidad de que durante su ejecución haga presencia la sucesión de leyes en el tiempo de las cuales se derive un tratamiento diferente al respectivo instituto jurídico, de modo tal que pueda observarse que la consumación del ilícito estuvo regida por una ley, reemplazada por otra, vigente esta última al momento en que debe definirse un específico aspecto jurídico procesal, como sería el de la imposición de la pena a la hora de emitir sentencia condenatoria, lo que obligaría a valorar si frente a esa situación puede o no operar la favorabilidad.

Sin embargo, un tal cometido -de cara a lo postulado en la demanda- exige como presupuesto en este caso que se determine si efectivamente lo cometido y atribuido a BOLÍVAR PINEDA constituye o no un delito unitario o si por el contrario -conforme a la imputación aceptada- se está frente a un concurso, pues de ocurrir lo segundo es obvio

que bastará su comprobación para que de esa manera se enerve la posibilidad de asumir el análisis de la favorabilidad alrededor del delito permanente.

Para la Sala no hay duda que la acusación y las sentencias -desde las ópticas fáctica y jurídica- se estructuraron en un concurso homogéneo y sucesivo de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y nunca -como lo quiere hacer ver el recurrente- en un único delito, como para sostener razonablemente que el comportamiento empezó en la vigencia de una ley y continuó en vigencia de otra, pues -de una parte- ello nunca fue considerado y menos reconocido por los funcionarios judiciales intervinientes, mientras -de otra- por las propias características de la conducta punible resulta casi menos que imposible que ello suceda en el plano de la realidad objetiva. Si lo ejecutado por el sindicado fue un concurso de punibles mal puede invocarse aplicación de las consideraciones consignadas en los párrafos anteriores, pues como con acierto lo destaca el Procurador, la existencia del concurso descarta la presencia del delito único, siendo, entonces -añade la Sala- otra la solución a invocar en la búsqueda de la aplicación de la favorabilidad.

Ahora, según el demandante, el Tribunal reconoció la continuidad de la conducta en el tiempo, iniciada en vigencia de una ley y continuada en la otra. Si bien esa afirmación formalmente se ajusta a la realidad, no sucede lo mismo respecto del alcance que le imprimió el ad quem, esto es, que por parte alguna pretendió estimar la mencionada corporación que al inculcado lo estuviera condenando por un único delito. Lo que quiso significar no fue cosa distinta a que la serie de comportamientos -respecto de su repetida comisión- se prolongó en el tiempo, lo que se explica en el hecho de habersele imputado el concurso sucesivo, el que -como se ha aceptado- comportó que algunas de sus acciones que lo estructuraban hubiesen tenido ocurrencia bajo la legislación de 1980, al paso que otras la tuvieron ya bajo la égida de la Ley 360/97

En tales condiciones, es claro que se descarta el delito único, por lo cual -como antes se anotó- no resulta pertinente el análisis de la favorabilidad de cara al delito permanente.

Ahora bien, para dar respuesta a la segunda parte del cargo, arco total de la censura, debe advertirse que -de otro lado- surge la problemática (enunciada ya folios atrás) acerca de los efectos que la aplicación de la mencionada figura constitucional puede reflejar sobre el concurso de delitos, y con más firmeza cuando se trata del homogéneo y sucesivo, originado -como puede barruntarse- en pluralidad de conductas que en el caso de autos ofrecen unos mismos sujetos activo y pasivo, la ejecución de similar conducta y la afección de un mismo bien jurídico, debiendo reiterarse que a WILLIAM BOLIVAR PINEDA se le acusó y se le condenó en las instancias como autor de varios de los mencionados comportamientos, ejecutados algunos mientras regía el original artículo 303 del Decreto 100 de 1980, sancionables con prisión de uno (1) a seis (6) años, así como otros cometidos en vigencia de la Ley 360 de 1997, art. 5 que los castigaba con prisión de cuatro (4) a diez (10) años, concurriendo frente a ambas leyes la circunstancia de agravación imputada descrita en el num. 2° del artículo 306.

La principal invocación de la demanda parte de afirmar que se está “frente a un mismo delito, una misma conducta, unos mismos hechos punibles”, motivo por el cual resultan aplicables a esos comportamientos dos legislaciones que recogen un espectro punitivo bien diferente, entendiendo el censor que con ello se configuran los elementos integradores de la favorabilidad penal, debiendo seleccionarse como base del concurso la sanción más benigna (1 a 6 años) y sobre ella realizar el incremento “que a bien se tenga en razón de la agravante y del concurso sucesivo en el tiempo”.

Es claro para la Sala, así como lo es para el Ministerio Público, que el reproche no tiene vocación de triunfo, pues ha de entenderse que cada una de las acciones atribuidas está revestida de sus propias características objetivas, materiales, subjetivas y jurídicas, como que en cada acto sexual tomó cuerpo la tipificación de la conducta punible; en cada uno de ellos no sólo se consumó y agotó la descripción legal, sino que el verbo rector encontró materialización en el mundo real, al paso que el bien jurídico se vulneró igualmente en cada acto, desde luego de manera injustificada y mediando conocimiento y voluntad. En

ese marco, no vacila el juicio para predicar la independencia plena y evidente de una serie de delitos, inescindibles o fáciles de desbrozar desde el punto de vista de su perfeccionamiento autónomo, aunque ligados por una comunidad de propósitos y una vinculante fuente de intereses pero no con la capacidad de destruir la mencionada individualidad jurídica y naturalística.

Así las cosas, no puede llamar a dudas que los delitos cometidos hasta el 10 de febrero de 1997, inclusive (fecha en que dejó de regir el artículo 303 del Decreto 100/80) fueron cobijados exclusivamente por las reglas punitivas de ese ordenamiento, sin que la menor ingerencia tuviese sobre tales comportamientos la normatividad posterior que subrogó aquella (Ley 360/97-5), como que a partir del 11 de febrero del citado año las nuevas ilicitudes encontraban ya un patrón de punibilidad distinto, aplicable a estas últimas en razón a haberse cometido con posterioridad a su entrada en vigencia.

No ha de olvidarse que es de la esencia de la favorabilidad que el delito se cometa bajo el gobierno de una ley y se pretenda sancionar (para enfocar el análisis desde esta perspectiva) en vigencia de otra, constituyendo tal supuesto *condictio sine qua non* para acudir al reconocimiento de esa gracia constitucional. En el caso bajo examen ello no tuvo ocurrencia, y una tal carencia sería suficiente para despachar negativamente el ruego. Aquí no se cometió, imputó o se sancionó por un único delito de modo tal que por haberse ejecutado antes del 11 de febrero de 1997 y castigado con posterioridad a esa calenda, se hubiera abierto paso la aplicación de la ley más favorable.

En este proceso -en cambio- se observa al rompe que cada conducta se ideó, ejecutó y consumó bajo el imperio de una normatividad exclusiva, específica, motivo por el cual respecto de cada una de ellas resulta aplicable la legislación que para esa fecha regía, siendo por eso válido que la indefinida cantidad de actos sexuales se separara en dos grupos: (i) los cometidos antes del 11 de febrero de 1997 (vigencia Ley 360/97), y (ii) los ejecutados a partir de ahí, resultando de ese modo acertado el proceder del

Tribunal cuando deslindó las dos agrupaciones para aplicar la favorabilidad pero de cara a cada una de tales asociaciones, seleccionando la pena más grave como base (4 a 10 años de prisión más la agravante) para incrementarla por el concurso, pero valorado éste con referencia a la otra normatividad (prisión de 1 a 6 años), cuidándose eso sí -como lo hizo- de no desconocer las limitantes de la pena máxima y la suma aritmética de penas.

La conclusión obligada de lo hasta aquí consignado apunta a pregonar que en la sentencia atacada se aplicó correctamente y con el alcance jurídico correspondiente el original artículo 303 del C.P., al igual que lo hizo en relación con el 6º del Código Penal, regulador de la favorabilidad, dado que -como se vio- era el procedimiento utilizado por el Tribunal el mecanismo jurídico a través del cual se respetaba la garantía fundamental cuyo reconocimiento hoy se reclama.

Del mismo modo, tampoco se le dio una indebida aplicación al artículo 5º de la Ley 360 de 1997, en razón a que era esa la norma llamada a irradiar sus efectos punitivos en torno a los delitos que se ejecutaron bajo su vigencia, pues -conforme también se precisó- plurales comportamientos sexuales ilícitos tuvieron desarrollo luego de la expedición y promulgación de la reseñada normatividad.

Finalmente, el ad quem comprendió, interpretó y -por contera- aplicó

adecuadamente, ajeno a cualquier error como se le acusa, el artículo 26 reglamentario del concurso, pues echó mano al delito que comportaba la pena más grave (que no era otra que la señalada por la Ley 360/97 robustecida por la circunstancia de agravación, fijándola en 64 meses), aumentándola en 24 meses por razón del concurso (valorando en este último quantum la favorabilidad), monto éste que no sólo estaba dentro del 'otro tanto' al que podía acudir, sino que respetaba los límites de la pena máxima y ni siquiera alcanzaba (y mucho menos excedía) la suma aritmética.

El cargo, por todo lo anterior, no prospera.

Segundo cargo

Conforme se dejó resumido en el acápite correspondiente, a través de esta segunda censura se pretende que -previa casación del fallo- se reconozca al sindicado la reducción de pena por confesión, habida cuenta, sostiene el quejoso, de la presencia de todos los elementos integradores de la figura.

De cara al contenido de la demanda con esta orientación, ha de recordar la Sala que para recurrir en casación se requiere que el censor haya impugnado a través del medio ordinario de apelación aquellos aspectos o problemas jurídicos que pone de manifiesto ante la Corte a través del recurso extraordinario, salvo que -entre otras hipótesis- el interés jurídico haya surgido con ocasión de la sentencia de segunda instancia.

En el caso de autos es claro que no es ésa la razón que explica el que sólo hasta hoy el demandante acuda ante los jueces a demandar la mencionada rebaja de pena, porque bien pudo hacerlo ante el tribunal -pues de esa oportunidad gozó- cuando atacó la sentencia de primer grado, como que en ese momento fueron bien distintas las razones de inconformidad que se plantearon, sin que pueda olvidarse que -indudablemente- ya para esa fecha estaban dadas las condiciones jurídicas y procesales para sustentar una tal reclamación. Esa conducta omisiva comporta carencia de interés jurídico para recurrir en casación, motivo por el cual no se puede ocupar la Corte para decidir de fondo la censura, ni siquiera para responder al pedido de fracaso pregonado por el Ministerio Público respecto del cargo en razón a la inexistencia de la totalidad de elementos, entre ellos el que la confesión fuera el fundamento de la sentencia.

En efecto, comprendido que el derecho de impugnación se ejerce en tanto por quien -siendo parte- ha sufrido un agravio con la decisión cuestionada y que ello es lo que determina la ausencia o no de interés para recurrir, también es innegable que al mismo se

renuncia cuando a pesar de lo desfavorable de la providencia, es consentida por el interesado, como que por virtud del artículo 369 inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, el recurso de casación no podrá ser interpuesto por quien no apeló de la sentencia de primer grado ni adhirió a la apelación de la otra parte, cuando la del Tribunal haya sido exclusivamente confirmatoria de aquélla, de ahí que en criterio reiterado de la Corte el recurso extraordinario se condicione a que la parte que lo intenta haya apelado la decisión de primera instancia, excepto cuando el fallo de segundo grado modifique su situación jurídica haciéndola más gravosa, se trate de sentencias consultables o cuando la impugnación tenga por objeto el planteamiento de nulidades.

Es que para que exista legitimidad en la causa por la que se aboga es requisito indispensable que el aspecto generante de disenso haya sido en su oportunidad objeto de apelación pues, denunciándose en sede casacional errores del ad quem, mal podrían sustentarse éstos en un pronunciamiento inexistente por no haber sido provocado frente a la limitada competencia del funcionario de segunda instancia.

Pero también ha sostenido la Sala que para la procedencia del recurso no basta que el sujeto procesal impugnante haya formalmente apelado la decisión del a quo, sino que además es necesario que exista identidad temática entre los motivos que sustentaron la alzada y los que ahora se exponen en sede extraordinaria, bajo el entendido que dicho concepto no guarda relación con los fundamentos de la pretensión, sino con las pretensiones propiamente dichas, y que es -por tanto- a la luz de estas últimas, que debe determinarse si el tema de impugnación es el mismo. En ese sentido se pronunciaba la Sala en providencia de agosto 27 de 2003 con ponencia del H.M Mauro Solarte Portilla:

“En aplicación de estos principios, la Corte ha venido sosteniendo que cuando la sentencia de segunda instancia es de carácter confirmatorio, se impone, para la procedencia de la impugnación extraordinaria, el cumplimiento de las siguientes condiciones: (1) que el fallo de primer grado sea desfavorable en todo o parte al sujeto que pretende acceder en

casación; (2) que dicho sujeto haya interpuesto en su contra recurso de apelación; y (3) que los aspectos impugnados en casación guarden identidad temática con los que fueron objeto de la apelación.

Esta última exigencia se fundamenta en la consideración de que el impugnante renuncia también al interés para recurrir, aunque en forma parcial, cuando siendo la decisión desfavorable, impugna unos aspectos y consiente otros. En estos casos, ha sido dicho, solo le es permitido impugnar en sede extraordinaria los puntos que fueron objeto de cuestionamiento a través de la apelación, salvo que se trate de nulidades, o de fallos consultables, hipótesis en las cuales la Corte ha reconocido la procedencia de la casación, independientemente de que el fallo de primera instancia haya sido o no apelado, o del motivo de la apelación invocado.

El criterio de identidad temática, al cual ha acudido la Corte para establecer si el impugnante tiene o no interés para recurrir, no es sin embargo absoluto ni matemático. Es un método de ayuda que tiene cabal aplicación para afirmar la existencia de interés cuando se establece adecuada correspondencia entre los aspectos apelados y los que son objeto de la casación, pero que resulta insuficiente para concluir en la inexistencia de interés cuando dicho presupuesto no se cumple. (Rad.17.160).

En el caso concreto, la apelación del fallo de primer grado se limitó a reclamar por el sustituto de la condena y por el quantum punitivo que comportaba el concurso (pues no cabía reproche alguno por la base que era la mínima), con lo cual el apelante y hoy casacionista desestimó o renunció a cualquiera otra fuente de modificación de la sanción comprendida dentro del amplio margen relativo a la dosificación de la pena como uno de los aspectos que genera interés jurídico para recurrir una sentencia anticipada.

Paro agréguese algo más: un reclamo de la trascendencia de lo que hoy es motivo de

la demanda, no puede operar per se, como cuando el juez se equivoca al contabilizar circunstancias que modifican los límites punitivos, o cuando no tiene en cuenta una atenuante reconocida o cuando aplica una agravante no imputada, etc., pues en todos estos casos la modificación opera generalmente sobre la base de una comprobación objetiva y de la consecuente operación matemática. En cambio, la reducción de pena por confesión si bien es cierto a ultranza se refleja en la pena, no lo es menos que para ello se exige la comprobación de una condición o de un presupuesto que es complejo y que se extiende a todo el decurso del proceso, en la medida en que debe existir confesión, en que ella debe verse en la primera versión ante funcionario judicial y en que sea el fundamento de la sentencia. Sin la demostración de estos tres elementos básicos (estructurados los dos primeros por regla general desde la etapa instructiva) no puede abrirse paso a una rebaja de pena, concluyéndose que el simple y escueto reclamo en tal sentido incluido en la demanda de casación sólo podrá ser atendido para su análisis por la Corte cuando la misma identidad del tema haya sido materia de la apelación. Y como ello no fue lo que ocurrió en el presente caso escapa a la Sala la posibilidad jurídica de abordar el pedimento.

CASACION OFICIOSA

La Procuraduría plantea a la Sala un tema que de prosperar conduciría a la aplicación de la favorabilidad, y consecuentemente a la casación parcial de la sentencia, originada en la aplicación de una norma reguladora de un instituto jurídico reglado en la actual legislación y no consagrado -por lo menos normativamente- en la anterior, motivo por el cual no se planteó por el casacionista, dado que a la fecha de presentación de la demanda no había comenzado a regir el actual estatuto penal.

Al respecto ha de dejarse previamente en claro que si bien es cierto que la Sala ha considerado en múltiples ocasiones que cualquier efecto favorable y definitivo que se pudiera derivar de la aplicación del nuevo Código Penal corresponde declararlo al

respectivo Juez de Ejecución de Penas, acorde con lo previsto por el art. 79.7 de la Ley 600 de 2.000, no lo es menos que en esta ocasión tal misión no podrá dejarse en manos del mencionado funcionario, dado que de estimarse con razón el pedimento ello comportará indudablemente una modificación a la sentencia en un aspecto medular, para lo cual no está autorizado legalmente el juez ejecutor.

Así, con vista en lo que a su juicio constituyen los requisitos de la figura, se sostiene por el representante social que en el caso sometido a estudio de la Sala se estructura un delito continuado, a cuyo reconocimiento invita a la Corte no por el simple prurito de manifestarlo, sino porque al así hacerlo se abre paso la aplicación de la favorabilidad.

1. Pese a que el Procurador Segundo Delegado para la Casación Penal, acompaña su solicitud con un estudio técnico dogmático sobre el delito continuado, esta modalidad no es predicable en el caso del procesado WILLIAM BOLÍVAR PINEDA, quien fue adecuadamente acusado y condenado en las dos instancias por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo y sucesivo, puesto que cada vez que tuvo relaciones carnales con la menor ofendida desplegó una conducta por entero punible, al dar al traste con los bienes jurídicos cuya indemnidad el legislador quiere garantizar, entratándose de personas cuya formación apenas está en curso.

Es que no se trata únicamente de acomodar los componentes dogmáticos que eventualmente darían lugar a la aplicación del delito continuado, en lugar de endilgar el concurso real de conductas punibles. La correcta impartición de justicia no se logra haciendo coincidir técnicamente las piezas de alguna concepción jurídica, como si se tratara de un engranaje mecánico, sino que implica analizar el derecho penal desde la óptica axiológica, desde los fines que se propone y de los valores que lo sustentan, como lo exige la [Constitución Política](#).

2. El artículo 32 del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000) restableció el tema de los delitos continuados, que como tal no se trataba en el Código Penal de 1980, pero sí en el régimen de 1936.

Ciertamente, el párrafo del artículo 32 del nuevo Código Penal se refiere a los delitos continuados y a los delitos masa, de los que no ofrece definición, pero advierte que se sancionaran con la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

No obstante, ante la necesidad de hacer operativa la figura del delito continuado y del delito masa en los casos concretos, corresponde a la judicatura desarrollar el tema, siendo importante revisar los antecedentes legislativos y jurisprudenciales.

El artículo 32 del Código Penal de 1936, regulaba expresamente el delito continuado, del siguiente modo:

“Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad.”

En vigencia de ese precepto del Código Penal de 1936, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal entendió que el delito continuado constituía una ficción legal, con incidencia exclusiva en la punibilidad, consistente en tomar “como un solo hecho” lo que en el mundo material y fáctico constituyen vulneraciones plurales del mismo tipo penal.

“El delito continuado es una ficción legal mediante la cual se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal, cuando revele ser ejecución del mismo designio. Para su estructuración requiere, entonces, de pluralidad de acciones, cada una en sí misma constitutiva de delito, y todas en su conjunto, violatorias de la misma

disposición legal, guiadas por idéntico designio. Pudiera afirmarse que la continuidad se conforma como un proceso continuado de delitos discontinuos. O sea que la unidad se da en él como resultado de la pluralidad; unidad legal y pluralidad material.” (Sentencia del de 22 de mayo de 1973, M.P. Dr. José María Velasco Guerrero).

El Código Penal de 1980 (Decreto 100), excluyó la figura del delito continuado, pues desde el anteproyecto de 1974, los comisionados consideraron que esa forma de incursión en el ilícito debería solucionarse por las normas generales del concurso. Al retomar la discusión, plasmada en los proyectos de 1978 y 1979, el fenómeno continuó asumiéndose como una modalidad de concurso.

En el Acta No. 56 (1° de junio de 1973), el doctor Alfonso Reyes Echandía, comisionado de entonces, que lideró el debate en este aspecto, precisó:

“En cuanto al delito continuado, creo que debe desaparecer, por las siguientes razones: a) El derecho penal no debe contemplar ficciones, y bien entendemos que el artículo 32, precisamente crea una ficción cuando dice: “...se considera como un solo hecho”; b) Porque, en el fondo, se trata de una norma cuya creación obedeció a razones de política criminal, tales como la de evitar que a un reincidente se le aplicara la pena de muerte, que ya no deben tenerse en cuenta; c) Porque para su configuración se exige la presencia de la unidad de designio criminal, la que es en sumo grado difícil de establecer; d) Porque la figura existe con la finalidad de hacer menos gravosa la situación del sindicado, y existen muchos casos de delitos en los que la pena está en proporción directa con la cuantía, y la aplicación del fenómeno de la continuidad, que crea la ficción de un solo hecho, perjudica al autor del mismo; e) Porque crea graves problemas de carácter procedimental, especialmente en el campo de la competencia, de la aplicación del fenómeno de la prescripción de la acción, etc.; f) Porque el delito continuado no constituye cosa diferente a un concurso material homogéneo sucesivo, con unidad de designio criminal y no se relleva la razón por la cual un individuo que actúa sin unidad de

designio debe ser considerado más peligroso que quien actúa con ella.”

En vigencia del Código Penal de 1980, que como se dijo no contemplaba la figura del delito continuado, ante la limitante legal, doctrina y jurisprudencia avanzaron en el desarrollo del concepto de unidad de acción, relativa a la conducta única con relevancia jurídico penal, aunque con diversos actos ejecutivos, identificable por el plan ideado y por la finalidad, para enfrentar los problemas (de tipicidad, antijuridicidad y aún de culpabilidad) que planteaban los casos concretos, por ejemplo el de los pequeños apoderamientos de dinero ajeno en idénticas circunstancias, que si se hubiesen analizado desde el punto de vista estrictamente natural, conformarían distintas contravenciones, de acuerdo con la ley de la época, y no un delito merecedor de mayor sanción.

Sobre ese tema la Sala acotó:

“Pero la realidad no siempre suele ser tan sencilla. Pasa a veces que el mismo sujeto actúa pluralmente contra el patrimonio económico de una misma víctima o de varias, durante un período de tiempo determinado, corto o largo. Cada acción en esta hipótesis es desde el punto de vista naturalístico susceptible de ser encuadrada como delito autónomo. Sin embargo, no es la posibilidad de separación física de cada acción y la correlativa factibilidad de adecuarlas individualmente al mismo tipo penal, el camino más adecuado para suministrar la solución del problema. Esto por la sencilla razón de que la obtención del provecho ilícito al cual orientó su voluntad el sujeto activo de la infracción puede producirse a partir de diferentes acciones de apoderamiento, definidas a manera de etapas.

El interrogante que surge obligatoriamente es cuándo esas distintas acciones individuales configuran hechos punibles autónomos y concursan entre sí y cuándo, así sean mental y físicamente separables como arquitecturas típicas, deben tomarse como

actos plurales encaminados al fin único de obtener determinado provecho ilícito y constitutivo por lo tanto del denominado delito unitario.

La respuesta al interrogante surge para la Corte de identificar en cada caso concreto la finalidad que se propuso el autor y la correlativa circunstancia de si para lograrla requirió de un solo acto o de una suma de actos, más o menos prolongada en el tiempo. Si fueron varios y subyace la posibilidad física y mental de asumir cada uno de ellos como delito autónomo, el tomarlos como partes de una conducta única atentatoria del patrimonio económico, como etapas de una sola acción delictual ejecutable poco a poco, dependerá de la unidad de sujeto activo, de la unidad de plan, de la identidad de los distintos actos y de su prolongación en el tiempo". (Auto del 9 de octubre de 1997, radicación 368, M.P. Dr. Carlos E. Mejía Escobar).

3. Camino a desentrañar la naturaleza jurídica del delito continuado, en el marco jurídico y conceptual del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), debemos empezar por recordar que la conducta del sujeto activo del delito está motivada siempre por una finalidad, hacia la cual se dirige la acción, y esta realidad natural u óptica produce efectos en el campo jurídico penal.

El instituto jurídico denominado delito continuado comporta un análisis de la conducta del sujeto activo, y por ende su estudio debe verificarse en punto de la tipicidad; aunque, claro está, en el delito continuado el desvalor de acción y el desvalor de resultado es diferente de los eventos donde se comete un solo delito, o donde es factible predicar el concurso real.

No empuje, se impone observar con detenimiento los efectos de la unidad de conducta en el campo de la antijuridicidad material, puesto que la noción de delito continuado se restringe a las hipótesis en las cuales el bien jurídico afectado admite grados de afectación, diversas cantidades de daño, o menoscabos de diferente cualidad. Tal el caso

de los delitos contra el patrimonio, bien que evidentemente puede afectarse por partes, proporciones, o en escalas distintas. De ahí el clásico ejemplo del cajero de un banco que busca apropiarse de una suma específica, y se va apoderando de cantidades pequeñas hasta que lo logra, o es descubierto.

De otro lado, el delito continuado presupone la unidad de conducta, en el sentido final y normativo o jurídico penal, aunque desde el punto de vista físico o natural puedan individualizarse varios movimientos que a su vez parezcan coincidir repetidas veces con la misma descripción típica.

Cuando el delito continuado se realiza contra el patrimonio económico y afecta pluralidad de sujetos pasivos se está frente al delito masa, como ocurriría, por ejemplo, si con la finalidad de estafar a la comunidad se erige un montaje para aparentar que existe una casa promotora del juego de chance.

4. En ese orden de ideas, se está frente a un evento de delito continuado cuando el autor en desarrollo de un plan preconcebido, con la misma proyección final de la conducta, realiza varias acciones u omisiones que afectan un bien jurídico que admite graduación, que de analizarse separadamente podrían adecuarse típicamente como la reiteración del mismo precepto penal, o comportaría la incursión en uno de semejante estructura (vgr.: hurto, hurto calificado, hurto agravado); y tal comportamiento produce consecuencias sobre uno o varios sujetos pasivos.

5. Así, siguiendo al profesor ZAFFARONI¹, cuyo análisis dogmático compagina con la normatividad colombiana, se entiende que el fundamento jurídico del delito continuado radica en que en esos casos sólo es posible una sola imputación al tipo (objetivo y subjetivo); unidad de conducta final a la que corresponde una sola desvaloración jurídica incrementada, porque la reiteración del comportamiento no es sinónimo de una nueva incursión en el tipo penal, como si se tratara del concurso, sino

que significa un aumento del contenido injusto de la misma conducta final, tomada como un todo; de ahí que, en ocasiones, coincide con el aumento de la culpabilidad por mayor reproche y se reflejará en la determinación de la pena.

6. En el anterior orden de ideas, el delito continuado se diferencia: a) del concurso ideal, porque en éste una sola conducta se adecua en dos o más tipos penales; b) del concurso real o material, porque esta modalidad presupone varias conductas que se adecuan en plurales tipicidades o varias veces en el mismo tipo; y c) del delito complejo, que se presenta en la medida en que un hecho delictivo forme parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva.

7. Amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia coinciden en afirmar que el delito continuado y el delito masa quedan excluidos cuando se atenta contra bienes jurídicos eminentemente personales², entre ellos los relacionados con “la libertad, integridad y formación sexuales”, y a ello se suma la Sala mayoritaria de Casación Penal, bajo el entendido que la protección de tales bienes descansa muy especialmente sobre la base de reconocer la dignidad inherente a todo ser humano como un bien absoluto, que no admite graduación, ni escalas, ni excepciones; y también para evitar consecuencias político criminalmente inaceptables, como ocurriría por ejemplo al descartar el concurso de accesos carnales, so pretexto de que el abusador tenía la finalidad única de asaltar sexualmente a todas las alumnas de un grado escolar, para satisfacer alguna vanidad personal.

“Esta restricción se fundamenta en que con los bienes jurídicos personalísimos el injusto de acción, el de resultado y también el contenido de la culpabilidad referidos a cada acto individual, deben ser comprobados y valorados en la sentencia de forma separada.”

(HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Editorial Comares, Granada, 2002, pg 771.)

En vigencia del Código Penal de 1936, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal reiteró la improcedencia del delito continuado frente a derechos personales. A manera de ejemplo se cita la Sentencia del 14 de febrero de 1957 (Gaceta Judicial No. 2179, Tomo LXXXIV, pg. 447, M.P. Dr. Luis Sandoval Valcárcel), donde se indicó:

“En la controversia doctrinaria suscitada al efecto, la gran mayoría de expositores admite que puede existir la continuación aún con pluralidad de sujetos pasivos. Así lo sostiene Mittermaier. También Manzini e Impallomeni siguen la tesis, excepto cuando se trata de delitos contra los derechos “individuales” inseparables de la persona como la vida, la integridad personal, el honor, el pudor.”

...

“ Sin embargo, la apreciación de hecho encuentra límites en la naturaleza de algunos delitos que excluyen A PRIORI la identidad del designio, por cuanto afectan bienes personalísimos (hochspersonliche rechgüter dicen los alemanes), como la vida, la integridad personal, la libertad, la libertad sexual, el honor.”

Por tanto, cuando la vulneración paulatina y sucesiva recae sobre bienes jurídicos como el patrimonio, de fácil graduación, puede resultar adecuado a los fines de la pena, la aplicación de un reductor de la sanción como la prevista para el delito continuado. En cambio, si el atentado se dirige contra bienes más personales, como son: la “Libertad y el pudor sexuales”, en la denominación del Código Penal de 1980; o la “Libertad Sexual y la Dignidad Humana” con la Ley 360 de 1997, que modificó al régimen anterior; o la “Libertad, integridad y formación sexual” en el estatuto penal vigente (Ley 599 de 2000), cada vez que ocurre una transgresión ya se ha desconocido por completo el bien jurídico personal -con trascendencia ético social- que el legislador considera necesario preservar; y cuando ello ocurre, ya se ha negado en el sujeto pasivo la dignidad que le es inherente; por lo cual, en esta última hipótesis el fin preventivo y restaurador de la

pena reclama para su verificación mayor respuesta punitiva, y severidad condigna al contenido de la antijuridicidad.

8. Retornando al caso concreto, es preciso rememorar lo que relató la menor abusada por el implicado, quien entonces era compañero permanente de la mamá de la víctima: “como a los 10 años casi a los once él empezó a seducirme a decirme que estaba enamorado de mí, que él me quería mucho que no me quería perder nunca y fue cuando tuvimos relaciones sexuales casi a los trece años, él no me forzaba, era voluntario.” A ello debe agregarse que el procesado dominaba por entero la situación; contaba ya con 28 años de edad; se había arrogado autoridad y voz de mando sobre la niña; era prácticamente el “padrastro”; tenía el poder económico en la familia; era agresivo y la reprendía inclusive golpeándola en público, cuando no se comportaba como él quería.

En tales circunstancias no cabe hablar en términos reales de que la menor “voluntariamente” respondió a los requerimientos del procesado, con el propósito de aminorar el efecto devastador sobre los bienes jurídicos tutelados. Por el contrario, él aprovechó ese conjunto de condiciones que lo colocaban en situación de ventaja y que a ella la dejaban en un plano de extrema vulnerabilidad, arrasando así la dignidad de la niña, cada vez que la accedía carnalmente, con lo cual alteró su proceso normal de formación.

9. Amén de lo anterior, no se percibe en el acopio probatorio algún fin preconcebido en el actuar del procesado. Se observa es que él abusó repetidas veces de la menor de edad cuando la ocasión era propicia, toda vez que lo hacía en la clandestinidad debido a que la mamá de la niña era con quien él hacía vida marital. Así las cosas, no es factible predicar unidad de conducta, ni un dolo global, ni una sola antijuridicidad aumentada, porque, se insiste, en cada oportunidad que el procesado satisfacía sus apetencias libidinosas agotaba por completo la conducta penal. El conjunto de abusos sexuales no obedeció a un proyecto de vida del procesado, ni al curso normal de una relación

amorosa, como quiere hacerlo ver BOLÍVAR PINEDA. Cada satisfacción erótico sexual era un fin en sí mismo, que se lograba a través de un recorrido típico, antijurídico y culpable autónomo, que no requería de una suma de actos (unidad jurídica de acción) para conseguirlo, que lesionaba por completo el bien jurídico tutelado, y que como tal merecía reproche independiente.

De ahí que, cuando lo veía propicio, con nuevas maniobras de presión prevalido de su superioridad iniciaba un nuevo recorrido criminoso, sin que el nuevo evento tuviese conexión óptica ni jurídica con las anteriores, aunque por la manera como se daban las cosas algunos factores espaciales y modales coincidieran.

10. No es factible equiparar ni confundir bienes jurídicos como la dignidad, la libertad, la integridad y la formación sexuales, que no admiten graduación, parcelación ni escalonamientos, con otro tipo de bienes, que sí pueden real e hipotéticamente dividirse, desintegrarse y volverse a totalizar.

En tratándose de los derechos personales, cada delito cometido contra ellos ya comporta la destrucción o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Así, por ejemplo, si una niña es abusada por una sola vez, ya se desconoció en ella su libertad sexual y se interfirió en su proceso normal de formación; y por tanto, ya se cometió un delito. Todo ello, con independencia de que el tratamiento psicoafectivo y el paso del tiempo produzcan inclusive la desaparición total de los efectos nocivos de ese episodio.

Es que los bienes personales no se pueden dividir ni graduar como si se tratara de productos fungibles. La dignidad acompaña al ser humano desde su nacimiento hasta la muerte, y se erige en una fuente inagotable de donde dimana el fundamento de los demás derechos y prerrogativas. Sin embargo, cuando a través de una acción delictiva se niega o desconoce esa dignidad, el sujeto activo ya se ha colocado al margen de la ley,

y debe soportar las consecuencias jurídicas de su comportamiento.

No es que la libertad sexual se agote, ni que la integridad se haya destruido para siempre, ni que la formación sexual no pueda encausarse nuevamente después de un abuso. En el mismo orden de ideas, no se podría afirmar, por ejemplo, que el secuestro de corta duración aniquila para siempre la libertad del plagiado. Lo que ocurre es que, se insiste, por derivar directamente de la dignidad inherente a la persona humana, esos bienes absolutos no son susceptibles de dividir en partes de relativa relevancia cada una, y por tanto, cada episodio de abuso conlleva el despliegue de una conducta punible agotada.

11. En síntesis, en el caso que se examina se presentó un concurso homogéneo y sucesivo de delitos, donde BOLÍVAR PINEDA con pluralidad de acciones desconectadas jurídicamente vulneró repetidas veces el tipo penal que reprime el acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Por tanto, no se accederá a la solicitud de casación oficiosa elevada por el Delegado del Ministerio Público.

Por 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:

No CASAR la sentencia impugnada.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Comisión de servicio

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

Salvamento parcial de voto

EDGAR LOMBANA TRUJILLO ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

Salvamento de voto

MARINA PULIDO DE BARÓN JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS MAURO SOLARTE PORTILLA

Salvamento de voto

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

1 ZAFFARONI Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. Editorial Ediar. Buenos Aires, 2000.

2 “Se integran por todos aquellos derechos que son innatos al ser humano como tal y de los cuales no puede ser privado sin deterioro o extinción de la personalidad misma, por ejemplo el derecho a la vida, al honor, a la integridad psicofísica, a la libertad, a la privacidad” CAÑÓN RAMÍREZ Pedro Alejo. Derecho Civil Parte General y Personas. Editorial ABC. Bogotá, 2002; pg. 447.