

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP825-2021

Radicación n° 51.669

(Aprobado Acta No. 48)

Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

De acuerdo con lo advertido en el auto CSJ AP2525- 2020, que inadmitió la demanda de casación presentada por el defensor de CARLOS EDUARDO LÓPEZ ORTEGA, la Corte se pronuncia, de manera oficiosa, frente a la sentencia del 17 de agosto de 2017 de la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, que confirmó la emitida el 15 de diciembre de 2015 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, mediante la cual lo condenó como autor de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso con actos sexuales con menor de 14 años.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El Tribunal declaró probado que el 19 de marzo del 2012, en el inmueble ubicado en la calle 29 No. 6ª-102 del barrio Taminaka de Santa Marta, CARLOS EDUARDO LÓPEZ ORTEGA sometió a la niña A.D.B.C., de 6 años de edad, a vejámenes libidinosos, consistentes en tocamientos en los glúteos -con el pene y las manos- e introducción del asta viril en boca y vagina, en momentos en que la infante visitaba la vivienda donde residía su abuela materna y sus tías, una de ellas esposa del mencionado.

3. El escrito de acusación se radicó el 21 de agosto del mismo año, con las modificaciones consistentes en eliminar la citada circunstancia de intensificación específica respecto del primero de los punibles mencionados y añadir la agravante del numeral 5 del canon 211 ibidem frente al

1 Cfr. folio 2 del cuaderno 1.

segundo reato². Su verbalización tuvo lugar el 7 de septiembre ulterior³, en el Juzgado 5º Penal del Circuito de la capital del Magdalena.

4. El 18 de diciembre de esa anualidad⁴ se llevó a cabo la audiencia preparatoria. La del juicio oral se efectuó en sesiones del 10 de abril⁵, 30 de julio⁶, 26 de septiembre⁷, 29 de noviembre de 2013⁸, 18 de febrero⁹,

23 de julio¹⁰, 16 de septiembre de 2014¹¹ y 12 de febrero¹², 7 de mayo¹³ y 29 de julio de 2015¹⁴, última en la que se anunció sentido de fallo condenatorio.

5. El 15 de diciembre siguiente se condenó a CARLOS EDUARDO LÓPEZ ORTEGA como autor de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años¹⁵, a la pena principal de 15 años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ese mismo lapso. Igualmente, se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria¹⁶.

2 Cfr. folios 1 a 5 ibidem.

3 Cfr. folio 16 ibidem.

4 Cfr. folios 32 a 34 ibidem.

5 Cfr. folios 108 a 109 del cuaderno 2.

6 Cfr. folios 162 a 163 ibidem

7 Cfr. folios 199 a 201 ibidem.

8 Cfr. folios 227 a 231 ibidem.

9 Cfr. folios 264 a 265 ibidem.

10 Cfr. folios 25 a 26 y 28 a 30, cuaderno 3.

11 Cfr. folios 50 a 53 ibidem.

13 Cfr. folios 102 a 106 ibidem.

14 Cfr. folios 131 a 132 ibidem.

15 Se precisa que, si bien en la parte motiva de la providencia se declaró probada la circunstancia de agravación específica consagrada en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal, no fue contemplada en el ejercicio de dosificación punitiva ni en la parte resolutive de la sentencia.

16 Cfr. folios 150 a 189 ibidem.

6. La defensa impugnó esta decisión y mediante sentencia del 17 de agosto de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta la confirmó¹⁷.

7. El apoderado judicial del acusado interpuso el recurso extraordinario de casación¹⁸ y presentó en tiempo la demanda correspondiente¹⁹.

8. A través de auto CSJ AP2525-2020, la Sala de Casación Penal inadmitió el libelo y dispuso que, en firme esa decisión, y -de ser el caso- agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente al despacho del Magistrado Ponente para emitir pronunciamiento oficioso acerca de la posible

vulneración de garantías fundamentales²⁰.

CONSIDERACIONES

1. Vencido en silencio el término para solicitar la insistencia, a la Corte le corresponde verificar, como se anunció en auto CSJ AP2525-2020, si se vulneró el principio de legalidad, en relación con el punible de actos sexuales con menor de 14 años.

2. Para el efecto, se debe partir por recordar que, CARLOS EDUARDO LÓPEZ ORTEGA fue condenado, en ambas instancias,

17 Cfr. folios 276 a 319 ibidem. La lectura del fallo se llevó a cabo el 30 de agosto de 2017.

18 Cfr. folio 320 ibidem.

19 Cfr. folios 335-432 ibidem.

20 Cfr. folios 14-42 del cuaderno de la Corte.

por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso heterogéneo con el de actos sexuales con menor de 14 años, en calidad de autor, con ocasión de los tocamientos en los glúteos -con las manos y el pene-, y la subsiguiente penetración por vías vaginal y oral -con el asta viril-, desplegados en la niña A.D.B.C., hechos estos llevados a cabo el 19 de marzo de 2012 -según lo anotado por el ad quem-.

Considerando que las conductas punibles datan de un mismo día y se enmarcan en un solo episodio, se impone verificar si se configuró un concurso ideal de tipos o si, por el contrario, se trata de un aparente concurso de injustos, no sin antes precisar, en estricta salvaguarda del principio de congruencia en su cariz fáctico, que, si bien en el apartado de la sentencia de segunda instancia dedicado al resumen de los hechos, el juez plural sostuvo que los vejámenes libidinosos atinentes al acceso carnal se produjeron por la introducción del miembro viril del acusado en las cavidades oral y vaginal de la víctima, lo cierto es que, tanto la imputación como la acusación e incluso la misma valoración probatoria consignada en esa providencia solamente dieron cuenta de la felación realizada por la menor al procesado, no así de alguna penetración en la vagina de la ofendida –no probada en el plenario, en la medida que se descartó cualquier desgarramiento himeneal en la niña–, lo que conduce a considerar que la referencia inicial del fallo del Tribunal no corresponde más que a un lapsus calami.

Lo mismo cabe anotar respecto de la fecha de ocurrencia de los hechos, pues en el acápite de la cuestión fáctica de la sentencia impugnada se anotó que ellos sucedieron el 19 de marzo de 2012; sin embargo, en el resto del proveído –también en el fallo de primer nivel– se repitió una y otra vez, acorde con lo narrado por KAREN CILIANA PABÓN HERNÁNDEZ, que ellos acontecieron el 19 de mayo de 2012; luego, se confirma que se trata de otro yerro de transcripción que aunque no afecta en nada el juicio de reproche, demanda su corrección a efecto de determinar la circunstancia temporal de la comisión de tales acciones desaprobadas.

3. De tiempo atrás, la Corte viene afirmando que en los supuestos en que el actor ejecuta un número plural de conductas jurídicamente desvaloradas, perfectamente escindibles o autónomas, respecto de las cuales no existe unidad de acción, entendida esta como la realización de

una misma acción –una o varias conductas- u omisión, dentro de igual contexto (espacio-temporal) e idéntico objetivo o finalidad voluntaria, dando lugar, en esas circunstancias, a igual tipo penal o a varios (concurso material o real – homogéneo o heterogéneo-), se está ante un concurso efectivo de tipos, que debe ser objeto de la aplicación del artículo 31 del Código Penal.

Así también, cuando el comportamiento penalmente relevante desplegado por el agente, en un contexto de unidad de acción, se identifica, simultáneamente, con varios supuestos de hecho -múltiple desvaloración penal de la conducta-, la solución jurídica es la de un concurso ideal, en

la medida que un mismo hecho da lugar a dos o más delitos, como sucede, verbi gratia, con los reatos de acceso carnal con menor de catorce años e incesto.

Ahora, cuando se tiene la percepción equivocada de que se ha incurrido en un concurso ideal porque dos tipos penales parecen regir por igual un comportamiento criminal, dado que, bajo el presupuesto de unidad de acción, la conducta, en realidad, se ajusta, formal y materialmente al desvalor de un solo injusto, se descende, en cambio, al ámbito del concurso aparente o impropio de tipos.

En esa disyuntiva, se ofrece oportuno acudir a ciertos principios de solución, concretamente, a los de especialidad, consunción –o absorción- y subsidiaridad, ampliamente difundidos por la doctrina y la jurisprudencia, a efecto de seleccionar la norma que, verdaderamente, recoge el acontecer humano, para evitar que el sujeto pasivo de la acción penal sea sancionado varias veces por un solo comportamiento penalmente relevante y, de este modo, se garantice la vigencia del principio de non bis in idem.

Así, en aras de no incurrir en la prohibición de doble incriminación, cuando de juzgar la existencia o no de concursos aparentes de tipos se trata, basta recordar que, conforme al

postulado de especialidad, existiendo dos normas que describen la conducta jurídicamente reprochable –en relación de género a especie-, una general y otra que abarca idéntico contenido, pero la particulariza de

forma más exhaustiva, es claro que la primera debe ser desplazada por la segunda.

Por su parte, las reglas del axioma de consunción exigen verificar las disposiciones jurídicas que parecen regular el asunto, a efecto de determinar si una de las acciones desvaloradas por la primera norma se encuentra comprendida dentro de la segunda, de manera que deberá preferirse la que consume a las acciones menores.

Para ello, la doctrina y la jurisprudencia invitan a aplicar las subreglas relativas al hecho anterior impune o acompañante –copenado-, es decir, la conducta que siendo previa o concomitante al delito es absorbida por el tipo, habida cuenta que es de una entidad menor a la del evento principal, y el hecho posterior impune o copenado, esto es, cuando la conducta inmediatamente subsiguiente al comportamiento base o inicial tiene por fin alcanzar o afianzar el propósito logrado por el sujeto activo a través de la primera acción delictiva. En este escenario, aunque la segunda es típica queda consumida dentro de la primera siempre que no lesione otro bien jurídico protegido y el daño causado no se incremente.

Por su parte, el principio de subsidiaridad opera en aquellas ocasiones en que, ante la existencia de normas que conciernen a diversos grados de afectación del interés jurídico, corresponde escoger el precepto auxiliar, cuestión que regula directamente el legislador a través de cláusulas en las que manifiesta, por ejemplo, que la disposición rige

siempre que el hecho no esté sancionado con pena mayor (subsidiaridad expresa), o de manera tácita, si al examinar la ley se advierte tal carácter, como en los casos de delitos de paso en los que las infracciones de menor entidad cometidas antes del de naturaleza principal ceden ante éste, por ejemplo, si el punible ab initio se ejecuta en la modalidad

tentada pero enseguida se consuma; si el reato se comete en varios grados de participación (autor y cómplice).

Entonces, en aras de determinar si existe un concurso aparente de tipos, resulta primordial establecer si existe o no unidad de acción y, comprobado este aspecto, si el comportamiento merece uno o varios reproches de carácter penal, teniendo en cuenta los principios recién referidos.

4. Tal ejercicio ya fue decantado por la Corte, ante la hipótesis de confluencia de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de catorce años y acceso carnal con menor de catorce años, ejecutados en unas mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar, esto es, en unidad de acción, explicando que tal dilema debe ser resuelto a través del axioma de consunción. Las siguientes fueron sus reflexiones (CSJ SP 14 ago. 2012, rad. 39160):

La solución consiste en aplicar el principio de consunción, que rige en el concurso aparente de tipos, según el cual el juicio de desvalor de una conducta punible ya está comprendido en el juicio de desvalor de otra, que es aplicable en razón de su mayor riqueza descriptiva, contenido, etc. En otras palabras, el injusto más complejo absorbe los otros que en aquél se hayan consumado²¹. De

²¹ Al respecto, cf., entre otras providencias, fallos de 18 de febrero de 2000, radicación 12820; 28 de julio de 2004, radicación 21520; 9 de marzo de 2006, radicación 23755; y 25 de julio de 2007, radicación 27383. [Cita inserta en el texto transcrito]

esta manera, para poner un ejemplo, todos los actos sexuales abusivos deberán verse subsumidos en la complejidad de una acción de acceso carnal con menor de catorce años,

debido a la mayor relevancia de este último para efectos del menoscabo del bien jurídico.

4. Así, descendiendo al caso de la especie, como se desprende del recuento de la cuestión fáctica, se tiene que, tanto los actos libidinosos ejecutados por el procesado contra la víctima el 19 de mayo de 2012, consistentes en tocar sus glúteos con las manos y el miembro viril, como la acción inmediatamente posterior de penetrarla con éste último por la boca, consumadas el mismo día, en relación de antecedente y subsiguiente, son hechos que se aglutinan en un solo reproche jurídico penal, por razón de la subregla del hecho antecedente copenado, atinente al principio de consunción.

En efecto, es claro que, acorde con los supuestos que se declararon probados, las caricias indebidamente realizadas por el acusado en la pequeña -punibles en sí mismas al agotar el resultado típico previsto en el punible de actos sexuales con menor de catorce años- constituyeron el preámbulo de la introducción del asta viril del inculpado en la cavidad oral de la infante -unidad de acción-; luego, bajo tales circunstancias el precepto penal más complejo e intenso en el plano valorativo integral -el acceso carnal- debe absorber al más simple -actos sexuales-, infracción penal esta que, entonces, pierde relevancia jurídica por fuera del injusto de la conducta principal.

Nótese, cómo, en este caso, se impone agrupar dos comportamientos que, siendo, en principio, autónomos, por regular acciones y resultados diversos y que suponen dos formas nucleares de ataque al bien jurídico tutelado (la integridad y formación sexuales) no pueden ser aplicadas al procesado en un concurso real, sino que ha de preferirse el que absorbe en un contexto valorativo exhaustivo al otro, en clave del interés protegido, de modo que las ejecuciones de contenido erótico-sexual diferentes al acceso carnal propiamente dicho quedan comprendidas en éste, por cuanto, se insiste, responden a una unidad de acción, a

una única finalidad perseguida por el agente y lesionan un solo interés protegido.

En verdad, en este específico evento, el injusto material de la conducta acompañante -los actos sexuales- queda cubierto por el tipo consumante -el acceso carnal-, conducta esta que, además, valga destacarse, tiene una mayor punibilidad.

En ese orden, es necesario reconocer que, a LÓPEZ ORTEGA se le vulneró el principio que protege al encausado de no ser sancionado dos veces por el mismo hecho, toda vez que, el juicio de desvalor del tipo del artículo 209 del Código Penal tenía que ser absorbido por el del 208 ibidem, debido a su mayor importancia para la transgresión del bien jurídico en cuestión.

Así las cosas, ante el reconocimiento de un concurso aparente de tipos -concurso real inefectivo-, con ocasión de

la aplicación indebida del anotado canon 209 y del 31 ejusdem, y la exclusión evidente de los artículos 29, inciso 4º, de la [Constitución Política](#) y 8 de la Ley 599 de 2000, se dispone casar parcialmente la sentencia impugnada, para confirmar la condena por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y excluir del juicio de responsabilidad al de actos sexuales con menor de catorce años.

4. Lo anterior, implica hacer una readecuación punitiva, que se reduce a suprimir el monto de pena agregado al delito base: acceso carnal con menor de catorce años, por concepto del delito aparentemente concursante: actos sexuales con menor de catorce años.

Así, se tiene que, por el primero de ellos, se impuso una sanción de 14 años, a los que se sumó uno más por el segundo, para un total de 15 años; de lo que se sigue que, al restar el año agregado, la pena definitiva a descontar es de 14 años, misma cantidad a la que se reduce la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas.

En el sentido indicado se casará parcialmente de oficio la sentencia impugnada. En todo lo demás, permanecerá incólume.

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

RESUELVE

Primero. Casar oficiosa y parcialmente la sentencia proferida el 17 de agosto de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santa Marta, en el sentido de confirmar la condena emitida contra CARLOS EDUARDO LÓPEZ ORTEGA por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y excluir del juicio de responsabilidad el delito de actos sexuales con menor de catorce años.

Segundo. En consecuencia, fijar en catorce (14) años las penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas impuestas a CARLOS EDUARDO LÓPEZ ORTEGA.

Tercero. Aclarar las circunstancias modal y temporal del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años en los términos señalados en el apartado 2. de esta providencia.

Cuarto. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

MARTHA LILIANA TRIANA SUÁREZ

Secretaria