

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrada Ponente:

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

Aprobado Acta No. 172

Bogotá D.C., junio cuatro (4) de dos mil trece (2013)

VISTOS

Emprende la Sala el examen de las exigencias de crítica lógica y adecuada sustentación en el libelo casacional allegado por el defensor del procesado FERNANDO HERNÁNDEZ PÉREZ, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Neiva el 7 de noviembre de 2012, por cuyo medio confirmó el fallo dictado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la misma ciudad el 25 de septiembre del referido año, mediante el cual lo condenó como autor penalmente responsable del concurso homogéneo de delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho (18) años agravado.

HECHOS

Los sucesos que motivaron este averiguatorio fueron sintetizados por el ad quem en el fallo de segundo grado en los siguientes términos:

“El señor FERNANDO HERNÁNDEZ PÉREZ obtuvo autorización de los padres del menor XXX1 (quien contaba para la época de los hechos con menos de 14 años) para que éste laborara en la preparación de pandeyucas, labor por la cual recibiría una

remuneración económica. En el mes de noviembre de 2010, cuando el menor se encontraba en la casa de HERNÁNDEZ PÉREZ cumpliendo con la labor contratada, éste tras prometerle insistentemente dinero a cambio de tener relaciones con él, como lo hacía con otro joven, lo accedió carnalmente de manera repetitiva hasta mayo de 2011, cuando resultó contagiado el menor con una enfermedad de transmisión sexual”, situación detectada por sus progenitores.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia realizada el 10 de agosto de 2011 ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funciones de control de garantías de Neiva se impartió legalización a la captura de HERNÁNDEZ PÉREZ, diligencia en que la Fiscalía le imputó la comisión del concurso homogéneo de delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho (18) años de edad agravado, en concurso heterogéneo con los punibles de acceso carnal abusivo agravado, la cual no aceptó. En la misma ocasión a instancia del ente acusador le fue impuesta medida de aseguramiento de detención preventiva intramural.

El 24 de agosto de 2011 se radicó escrito de preacuerdo, el cual fue improbadó el 2 de noviembre siguiente por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Neiva, dado que el inculcado adujo haber sido obligado a suscribirlo.

Una vez presentado el escrito de acusación, ulteriormente se realizó la correspondiente audiencia y luego la audiencia preparatoria. Al iniciarse el 3 de mayo de 2012 el juicio oral, el acusado aceptó los cargos únicamente respecto del punible de acceso carnal con menor de catorce (14) años, motivo por el cual se dispuso la ruptura de la unidad procesal para seguir el trámite por el otro concurso homogéneo de delitos objeto de acusación, en cuyo curso, el 28 de agosto de 2012 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva dictó fallo, por cuyo medio condenó a FERNANDO HERNÁNDEZ a la

pena principal de doscientos setenta y ocho (278) meses de prisión, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor penalmente responsable del concurso homogéneo y sucesivo de delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho (18) años de edad. En la misma providencia le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Impugnada la sentencia por la defensa, fue confirmada por el Tribunal de Neiva mediante proveído del 7 de noviembre de 2012, contra el cual el mismo sujeto procesal interpuso recurso extraordinario de casación y allegó la correspondiente demanda, cuya admisibilidad se examina en este auto.

EL LIBELO

Con fundamento en la causal primera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el defensor postula la violación directa de la ley sustancial, para lo cual aduce que “si el procesado condenado ofreció dinero al menor no fue con el fin de explotar comercialmente su cuerpo, sino el mantener relaciones sexuales. Es posible incluso que FERNANDO haya dado dinero al menor para tener relaciones sexuales puesto que era el medio para poder acceder carnalmente, pues su pretensión era eso tener relaciones sexuales conducta por la cual ya había recibido una pena ejemplar”.

Advera que se interpretó erróneamente el artículo 217 A introducido por la Ley 1329 de 2009, pues “en estos delitos de explotación sexual comercial, se trata de una actividad lucrativa e ilícita que obedece a un conjunto de prácticas sociales propias de una cultura de ejercicio abusivo del poder y violencia frente a quienes, por su condición histórica de subordinación, o bien debido a sus circunstancias de vida suelen ser más débiles y vulnerables”.

Refiere que “en esta conducta penal se debe probar el lucro por parte de mi

defendido FERNANDO HERNÁNDEZ, pero FERNANDO jamás solicitó y obligó al menor XXX a tener relaciones con terceras personas ni tampoco solicitó o recibió pago alguno o promesa de pago para que tuviera relaciones con otras personas por lo tanto nunca existió la comercialización de la explotación sexual ni menos el lucro. En esta clase de delito de explotación sexual comercial se trata de una actividad desarrollada al amparo de redes y organizaciones delictivas altamente especializadas y con soportes tecnológicos de avanzada, en la que participan diversos actores como intermediarios, reclutadores (incluida la familia), taxistas y propietarios de hoteles”.

Colige de lo expuesto que “el nomen iuris del delito aquí juzgado involucra la expresión ‘explotación (sic) sexual comercial’ cuyo verbo rector trae implícito un propósito lucrativo el cual jamás apareció demostrado en la conducta desplegada por HERNÁNDEZ PÉREZ, pues sencillamente consumó el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, el cual ya había sido juzgado y sancionado en proceso separado”, y por ello considera que el comportamiento es atípico.

Añade que no está demostrada la responsabilidad del acusado en grado de certeza, pues el padre del menor declaró que no le costaba que su hijo hubiera recibido dinero por tener relaciones sexuales, y la madre del niño dijo que FERNANDO HERNÁNDEZ le pagaba \$10.000 semanales por la molienda de queso.

Finalmente señala que ya su asistido se encuentra purgando una pena de 25 años de prisión por el delito de acceso carnal abusivo y tiene más de 63 años de edad.

Con base en lo anotado, el recurrente solicita a la Sala casar la sentencia impugnada, para en su lugar dictar fallo absolutorio a favor de su procurado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es claro que si bien en el estatuto adjetivo de 2004 no media distinción entre el recurso

extraordinario por la vía común y por la discrecional en cuanto se marginó la exigencia de la cantidad de pena máxima del delito para acceder a dicha impugnación, corresponde al recurrente demostrar el quebranto de derechos o garantías fundamentales, lo cual exige contar con interés para impugnar, señalar la causal, desarrollar los cargos de sustentación del recurso y demostrar la necesidad del fallo de casación para cumplir alguno de los fines establecidos por el legislador en su artículo 180, esto es, la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios sufridos por éstos y la unificación de la jurisprudencia, so pena de resultar inadmitida la demanda, según lo establece el artículo 184 de la citada legislación procesal.

Desde luego, en el examen de los requisitos de admisibilidad de los libelos casacionales, es deber de la Sala constatar en la formulación y desarrollo de las censuras el acatamiento de las exigencias de lógica y pertinente demostración definidas por el legislador y desarrolladas por la jurisprudencia, con el fin de evitar la transformación de este recurso extraordinario en una instancia adicional a las ordinarias. Tales requisitos se orientan a conseguir el desarrollo de los libelos dentro de unos mínimos lógicos y de coherencia en la postulación y demostración de los cargos propuestos, en cuanto resulten inteligibles, esto es, precisos y claros, pues no corresponde a la Sala en su función reglada de orden constitucional y legal, develar o desentrañar el sentido de confusas, ambivalentes o contradictorias alegaciones de los impugnantes en casación.

Además, de conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, “si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación” (subrayas fuera de texto), el libelo se inadmitirá.

Como en el asunto que concita la atención de la Sala el defensor postula la violación directa de la ley sustancial, impera señalar que tal situación acaece cuando a partir de la apreciación de los hechos legal y oportunamente acreditados dentro del

diligenciamiento, los sentenciadores omiten aplicar la disposición que se ocupa de la situación en concreto, en cuanto yerran acerca de su existencia (falta de aplicación o exclusión evidente), realizan una equívoca adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto (aplicación indebida), o le atribuyen a la norma un sentido que no tiene o le asignan efectos diversos o contrarios a su contenido (interpretación errónea).

En tal caso, sin que interese la especie de vulneración directa de la preceptiva sustancial, el yerro de los juzgadores recae sobre la normatividad, circunstancia que ubica el debate en un ámbito estrictamente jurídico, sea porque se dejó de lado el precepto regulador de la situación específica demostrada, ora porque el hecho se adecua a una disposición estructurada con supuestos distintos a los establecidos, o bien, porque se desborda el entendimiento propio de la norma aplicable al caso concreto, todo lo cual exige del censor la aceptación de la realidad fáctica declarada en las instancias.

Obviamente, no se debate allí la actividad probatoria ni su ulterior ponderación por parte de los funcionarios judiciales, pues para emprender la censura de la validez de las pruebas o de su apreciación, el legislador ha establecido como causal la violación indirecta de la ley sustancial, en cuanto su infracción se produce de manera mediata, de conformidad con las diversas modalidades de errores en que pueden incurrir los sentenciadores en tal materia.

En el libelo examinado en punto de su admisión se observa, que el recurrente orienta su labor a exponer, sin más, su particular interpretación del delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho (18) años, exigiendo elementos ajenos a su tipicidad, tales como el lucro económico para su autor, o el concurso de “terceras personas” o el recibimiento de un pago o promesa remuneratoria para que la víctima tuviera relaciones sexuales con otros individuos, o la presencia de una

organización criminal.

Es pertinente señalar que el casacionista no se detiene a ocuparse de la exposición de motivos del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 1329 de 2009, dado que fue en tal legislación que se creó el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho (18) años, por la necesidad de hacer frente a las nuevas dinámicas de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA).

En efecto, allí se expuso que en el marco de la prostitución infantil es necesario sancionar a los clientes, pues el “delito de ‘estímulo a la prostitución de menores’ contemplado en el Código Penal sanciona sólo a quienes cuenten con una casa o establecimiento destinado a la explotación sexual de personas menores de edad (...). Además, es importante resaltar que la ‘práctica de actos sexuales en que participen menores de edad’, como enuncia la ley, es un concepto amplio que no menciona claramente las relaciones sexuales remuneradas ni otro tipo de actividad sexual que se realice contra menores de 18 años. Esto no es coherente con los instrumentos internacionales pertinentes”. Este artículo no condena a quienes exploten sexualmente a personas menores de edad por otros medios, por ejemplo, ‘clientes’” (subrayas fuera de texto).

Entonces, se precisa en dicha exposición que el proyecto “propone la creación de un nuevo tipo penal que penalice la conducta de los ‘clientes’ de la utilización de niños, niñas y adolescentes en la prostitución, al establecer que quien de manera directa o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediando pago o promesa de pago será sancionado (subrayas fuera de texto).

Y se puntualiza con claridad que “el concepto de explotación sexual es mucho más amplio que el de proxenetismo, incluye no solo la conducta del proxeneta, sino también

aquella de los intermediarios y especialmente del 'cliente' abusador para el caso de los Niños, las Niñas y Adolescentes" (subrayas fuera de texto).

A partir de lo anterior puede concluirse que el delito contenido en el artículo 217 A del Código Penal, introducido a través del artículo 3º de la Ley 1329 de 2009, corresponde a un tipo penal con sujeto activo indeterminado y sujeto pasivo determinado en cuanto tiene que ser menor de 18 años, precisando de los verbos rectores de solicitar o demandar el acceso carnal u actos sexuales, a cambio de pago o promesa de pago en dinero, especie u otra retribución.

Adicionalmente se tiene, que al disponer el legislador que se "incurrirá por este sólo hecho" en la respectiva sanción, deja expresamente abierta la posibilidad de que tal conducta concurse con otras², pues basta para su consumación con la demanda o solicitud del cliente orientada a los señalados fines sexuales mediando un beneficio económico para la víctima. Desde luego, si en dicho marco se cometen otras conductas, por ejemplo, acceder sexualmente a un menor de catorce (14) años, aquél punible concursará con el de acceso carnal abusivo.

El delito analizado es sustancialmente del proxenetismo o del proxenetismo con menor de edad, pues tal como se dijo en la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009, no se sanciona la inducción a la prostitución de mayores o menores, sino el proceder de los clientes al deprecar servicios sexuales, en este caso de menores de 18 años, a cambio de una remuneración

dineraria o en especie para la víctima, quien sin duda alguna está soportando la explotación comercial de su cuerpo al ser tratado como mercancía.

Conforme a lo dicho, es evidente que en manifiesto desconocimiento de la dual presunción de acierto y legalidad del fallo, el censor pretende imponer su personal interpretación del delito de demanda de explotación sexual, exponiendo para ello sus

argumentos sin soporte o fundamento jurídico alguno, proceder inaceptable en este recurso de índole extraordinaria.

Además se constata, que si en su planteamiento por el sendero de la violación directa de la ley sustancial arguye que no está demostrada la responsabilidad del acusado en grado de certeza, pues el padre del menor declaró que no le costaba que su hijo hubiera recibido dinero por tener relaciones sexuales, y la madre dijo que FERNANDO HERNÁNDEZ le pagaba \$10.000 semanales por la molienda de queso, abandona el discurrir rigurosamente jurídico de la violación directa de la ley, para ingresar en planteamientos propios del quebranto indirecto derivado de la ponderación judicial de ciertas pruebas, desarrollo sustancialmente diverso del equívoco postulado, que se sustrae por completo de la claridad exigida por el legislador en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, al señalar que corresponde al recurrente acudir “mediante demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos” (subrayas fuera de texto).

Las referidas falencias imposibilitan a la Sala emprender el estudio de fondo del libelo, pues si no se trata de un alegato de libre confección, su presentación con base en asertos indemostrados, y sin atenerse a las reglas lógicas y argumentativas gobiernan este recurso, impone su inadmisión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, pues en virtud del principio de limitación propio del trámite casacional, la Corte no se encuentra facultada para enmendar tales incorrecciones.

Además, no se observa con ocasión de la sentencia impugnada o dentro del curso de la actuación procesal, violación de derechos o garantías, como para adoptar la decisión de superar los defectos de la demanda y decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3º del artículo 184 de la citada legislación.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE

INADMITIR el libelo casacional presentado por el defensor del procesado FERNANDO HERNÁNDEZ PÉREZ, por las razones expuestas en las consideraciones precedentes.

De conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ
FERNÁNDEZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO JAVIER ZAPATA ORTÍZ

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 No se registra el nombre del niño en aplicación del numeral 8º del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

2 Similar ocurre con el punible de concierto para delinquir, en el cual basta para su consumación el acuerdo de varias personas para cometer delitos, pero si los realizan, estos concursan con aquél.