

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

AP5214-2018

Radicación N° 49654

Aprobado acta N° 400

Bogotá, D. C., cinco (5) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte acerca de la admisión de la demanda de casación presentada en nombre de MARTÍN AUGUSTO OCAMPO GUTIÉRREZ contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que confirmó parcialmente la condena proferida contra aquél en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad, como autor de actos sexuales abusivos con menor de catorce años y demanda de explotación sexual comercial con menor de dieciocho años, ambas conductas cometidas en concurso homogéneo y heterogéneo.

SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. En Manizales, en distintos días entre enero y julio de 2012, MARTÍN AUGUSTO OCAMPO GUTIÉRREZ recogió en un vehículo de su propiedad a jóvenes menores de edad, a quienes llevó hasta su apartamento ubicado en la calle 63 # 23C-68, y allí con algunas de ellas ejecutó, previo ofrecimiento de dinero, actos sexuales diversos al acceso carnal, en tanto que otras, pese a la oferta monetaria, no se sometieron a tener contactos de tipo sexual con aquél.

Así ocurrió con las hermanas P A G 01 y K T G 02. La primera, con escasos trece años de

edad para entonces, fue llevada cuatro oportunidades por el arriba citado al referido inmueble y en tres de esas ocasiones, a cambio de dinero, la besó y acarició en los senos y vagina, e igualmente le ofreció una suma a cambio de “su virginidad”. La consanguínea de ésta, a su turno, la acompañó una vez (la tercera) al apartamento del citado y a ella también éste le ofreció dinero para que tuviera sexo con él, pero la joven (con diecisiete años de edad para entonces) no aceptó la propuesta.

De la misma manera las menores V C C3 y Y A M V4, con trece y doce años de edad, respectivamente, en alguna ocasión acompañaron a la primera de las atrás citadas al apartamento de OCAMPO GUTIÉRREZ, en otras estuvieron ellas solas allí, pero conducidas por el citado, quien a cambio de dadas monetarias consumó prácticas de tipo sexual con la tercera, en tanto que la cuarta solo fue objeto de la oferta económica con el mismo propósito.

Finalmente, la joven A M R L5, de catorce años de edad para la época de los sucesos, en una oportunidad y en compañía de la menor J M A6, fue también llevada por OCAMPO GUTIÉRREZ a su apartamento, lugar en el que, tras suministrarles bebidas embriagantes, éste llevó a cabo con la quinta actos lascivos en sus senos y vagina, pero como por los efectos del alcohol y debido a la situación que estaba ocurriendo aquélla se alteró, además que su amiga intervino para que se fueran de ese lugar, el antes citado las embarcó en un taxi, no sin antes poner una suma en los bolsillos de la última de las mencionadas, pidiéndoles no comentar nada de lo que había pasado⁷.

2. Como el último episodio generó intervención de las autoridades por el estado de ebriedad en el que a su barrio llegaron y fueron vistas las aludidas menores, y puesto que directivas de la institución educativa a la que pertenecía la mayoría de citadas adolescentes ya habían advertido que varias y distintas alumnas eran recogidas por un hombre mayor en un vehículo, las pesquisas que con base en las correspondientes noticias criminales realizó la Fiscalía General de la Nación permitieron que el 14 de junio de 2013, por los hechos atrás

narrados, se le formulara imputación ante un juez con función de control de garantías a MARTÍN AUGUSTO OCAMPO GUTIÉRREZ como autor del concurso homogéneo y heterogéneo de delitos integrado por:

(I) Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años (frente a K T G O y A M R L); (II) la misma conducta agravada en cuanto a las víctimas menores de catorce años (P A G O, V C C y Y A M V); y (III) el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, agravado (respecto de P A G O y V C C), todo ello de acuerdo con los artículos 29, 31, 209, 211-2º y 217A-4º del Código Penal, cargos a los que no se allanó el indiciado8.

3. El 28 de octubre de 2013 se llevó a cabo la audiencia pública de acusación en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Manizales, despacho en el que una vez celebrado el debate oral y público en varias sesiones, en armonía con el anuncio del sentido del fallo, el titular del mismo, el 2 de febrero de 2016 (luego de reponer la actuación a consecuencia de una nulidad parcial) declaró al procesado OCAMPO GUTIÉRREZ autor penalmente responsable del concurso de conductas punibles de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años en modalidad simple (frente a K T G O y A M R L) y agravada (respecto de P A G O), además del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años (en relación con P A G O) sin la agravante deducida por el instructor, y en tal virtud le impuso pena principal de veinticinco (25) años de prisión, así como la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por veinte (20) años, y le negó los subrogados penales.

Como el fiscal instructor respecto de las menores V C C y Y A M V solicitó absolución debido a que, tras la acusación, aquéllas no colaboraron en la recepción de entrevistas y se negaron a asistir al juicio, el juez de conocimiento, ante la ausencia de pruebas directas que sustentaran los cargos por los actos ilícitos materializados sobre las mismas, acogió la referida petición y absolvió al procesado por los delitos imputados en relación con las

precitadas menores de edad⁹.

4. De la expresada decisión apeló el defensor del procesado, impugnación que fue resuelta el 21 de septiembre de 2016 en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el sentido de confirmar la condena pero únicamente en relación con los cargos edificados por los delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años, en modalidades simple y agravada, además del delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, consumados en las menores P A G O y K T G O, y por lo tanto fijó la pena principal en veintidós (22) años y diez (10) meses de prisión, y la accesoria de ley la dejó en el mismo término señalado por el a-quo.

El ad-quem revocó la condena en cuanto al delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años en modalidad simple atribuido en relación con la adolescente A M R L, al estimar que la valoración de las respectivas pruebas no permitían con certeza afirmar que los actos lujuriosos consumados en aquélla ocurrieron en virtud y previo ofrecimiento de dativa alguna.

En todo lo demás confirmó la decisión recurrida, fallo de segunda instancia contra el cual la misma parte interpuso y sustentó en tiempo el recurso extraordinario de casación¹⁰.

LA DEMANDA

5. El defensor del acusado invocó la causal de casación prevista en el artículo 181-1º de la Ley 906 de 2004, bajo cuyo amparo denunció la aplicación indebida del artículo 217A del Código Penal a consecuencia de la interpretación errada que al mismo le habrían dado los juzgadores de primero y segundo grado, cuyas consideraciones al respecto transcribió en extenso.

Luego de ello, en procura de demostrar el vicio, primero citó apartes de la sentencia de esta Corporación emitida el 4 de junio de 2013 dentro del radicado 40867, en relación con la

conducta punible de demanda de explotación sexual comercial con persona menor de dieciocho años; luego, transcribió igualmente un artículo divulgado en Internet por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, acerca de los orígenes de ese delito; y por último se refirió a la exposición de motivos inherente a la creación del tipo penal en cuestión, todo ello para concluir que cuando en los textos citados se habla del “cliente” como el sujeto activo de la conducta punible:

...se trata de quien acude a los intermediarios para lograr el cometido de tener relaciones de orden sexual con menores, como son los proxenetas y redes de personas dedicadas a la trata de blancas, la prostitución infantil, la oferta del turismo sexual con menores, etc. Empero, nunca se podrá pensar que se trata del cliente del menor abusado.

En este caso concreto, si el señor MARTÍN OCAMPO GUTIÉRREZ ofreció dinero a alguna de las menores no fue con el fin de explotar comercialmente su cuerpo, no la ofreció a terceros, sino que trató de cautivarlas para mantener con ellas esas actividades sexuales, es decir, lo hizo como medio para acceder a tal proceder y por lo tanto dicha actitud forma parte del iter criminis del tipo penal de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y no tipifica autónomamente el delito aquí endilgado.

Con base en lo anterior solicitó casar la sentencia atacada y en su lugar absolver a su defendido del cargo por la conducta punible de demanda de explotación sexual comercial con persona menor de dieciocho años¹¹.

CONSIDERACIONES

6. Según lo establece el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal que rige este asunto, la casación es un mecanismo de control tanto constitucional (artículo 235-1) como legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia y que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 180 del mismo ordenamiento, tiene como propósitos (i) la efectividad del derecho material, (ii) el respeto de las garantías

fundamentales, (iii) la reparación de los agravios inferidos y (iv) la unificación de la jurisprudencia.

Para el cumplimiento de esos objetivos en el mencionado régimen procesal se dotó a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de facultades sustanciales al conferirle, entre otras, la potestad de superar los defectos de la demanda para decidir de fondo cuando los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del impugnante dentro del proceso, e índole de la discusión lo ameriten.

Lo anterior no implica, sin embargo, que este mecanismo sea de libre configuración, desprovisto de todo rigor y que tenga como finalidad abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de puntos que han sido materia de controversia, pues, por el contrario, dada su naturaleza extraordinaria, quien acude al mismo debe ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa, atinentes a la observancia de coherencia, precisión y claridad en el desarrollo de cada uno de los reparos efectuados (por vicios in procedendo o in iudicando) y desarrollarlos conforme a las causales de procedencia previstas en el artículo 181 del ordenamiento procesal, con el fin de persuadir a esta Corporación de revisar el fallo de segunda instancia en procura de corregir la decisión que se acusa de ser contraria a derecho.

De ahí que el inciso 2º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004 consagre que no será admitida la demanda si el actor carece de interés para acceder al recurso; el escrito es inconsistente, esto es, si su motivación no evidencia la potencial violación de garantías y, en términos generales, “cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso”, lo que puede presentarse cuando la Corte observe que los aspectos reprochados no tienen una incidencia sustancial en relación con lo decidido en el caso concreto, o que puede responder a los planteamientos del demandante sin recurrir a valoraciones de fondo acerca de lo que ocurrió en la

actuación.

Con base en la norma atrás citada la Corte desde ahora advierte que el libelo no será admitido, porque la disertación ofrecida como sustento de la inconformidad no evidencia la configuración objetiva del vicio alegado, requisito de técnica sin el cual la Sala carece de habilitación legal para revisar los fundamentos del fallo censurado en procura de hacer efectivos los fines inherentes a este recurso extraordinario, según reiterada jurisprudencia de la Corporación.

7. La Sala parte de reconocer que el demandante se plegó a las exigencias propias de la vía de ataque seleccionada, pues la disertación consignada con la finalidad de acreditar el vicio no se inmiscuye, o mejor, no cuestiona los hechos declarados ni la valoración dada a las pruebas, como corresponde en sede de la causal de casación inherente a la violación directa de la ley, en la que la discusión debe ser de estricto orden jurídico.

Sin embargo, ese acierto formal no es suficiente para que la Corte acceda a un pronunciamiento de fondo bajo los derroteros del yerro planteado, ya que el punto cuya controversia propone el demandante, de una parte, fue ampliamente debatido en los fallos de primero segundo grado frente a los cuestionamientos que en esas oportunidades expresó la asistencia letrada del acusado, cuyos fundamentos, dicho sea de paso, en esencia, coinciden con los que ahora ofrece a la Sala Penal en la demanda de casación, lo cual pone en evidencia cierta falta de seriedad y rigor de la queja, al quedar, por ello, circunscrita a la intrascendente reiteración de un criterio divergente, el cual fue desestimado con suficientes y acertadas, se anticipa, razones en las oportunidades procesales que antecedieron a este mecanismo.

Y es que, de otra parte, la discusión acerca de la hermenéutica del tipo penal descrito por el legislador en el artículo 217A del Código Penal, se encuentra zanjada por la Corte, sin que el recurrente ofrezca en su propuesta tesis o razones novedosas que le hagan reflexionar sobre

la necesidad de cambiar su criterio, reiterado incluso recientemente, en los siguientes términos:

Es de advertir que, para el momento en que se admitió la demanda de casación se preveía la necesidad de desarrollar la interpretación de la descripción típica que fuera adicionada por la Ley 1329/2009 (art. 3). Sin embargo, tal propósito se cumplió en la SP15490-2017, sep. 27, rad. 47862, en la que se abordaron las mismas reflexiones dogmáticas que ahora plantea el recurrente y se concluyó que la solicitud de servicios sexuales a una persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de una retribución, configura el delito de demanda de explotación sexual comercial infantil.

Así, se descartó que la tipicidad de esa conducta exigiera elementos objetivos como la intermediación de un tercero en la relación comercial ilícita que se establece entre el sujeto agente y el menor de edad, o el resultado material consistente en la realización de las prestaciones convenidas (el contacto sexual y la entrega de una retribución); así tampoco, se requieren elementos subjetivos especiales como lo serían el propósito o ánimo de lucro en el agente. En ese ejercicio de interpretación, la Corte tuvo en cuenta la finalidad del legislador manifestada en la exposición de motivos de la Ley 1329/2009 que, como ya se indicó, fue la que introdujo la prohibición de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad.

De esa manera, retomando los argumentos que se habían expuesto en el AP, jun. 4/13, rad. 40867, se estableció que son elementos o ingredientes ajenos a la tipicidad examinada «... 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». Al efecto, se consideró que en la exposición de motivos de la Ley 1329/2009 se advirtió 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).

(...).

El delito analizado es sustancialmente distinto 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».

También se aclaró en esa oportunidad que la inclusión del término «comercial» en la denominación jurídica del tipo, tal y como se había indicado en el AP4868-2016, jul. 27, rad. 48195, no implica que éste sea aplicable únicamente a la actividad de un conglomerado mercantil -ilícito-, pues «un negocio jurídico celebrado entre dos particulares puede ser catalogado perfectamente como “comercial”. En este sentido, contratar la obtención de favores sexuales a cambio de dinero es un acto de comercio, regulado por las leyes mercantiles. Pero cuando ese acuerdo involucra la participación de un menor de edad, su objeto no solamente es ilícito, sino está contemplado como conducta punible...»¹².

8. Consecuente con lo anterior, como en realidad el demandante no demostró que los juzgadores de instancia hubiesen incurrido en una interpretación equivocada del delito en comento y que por virtud de la misma el acusado hubiese sido condenado por un comportamiento atípico o que no encaja en los supuestos normativos del injusto, siendo evidente, por el contrario, que la adecuación de los hechos aquí debatidos —y aceptados por el censor— la llevaron a cabo los falladores en el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años, con sujeción al criterio hermenéutico que ésta Sala ha fijado sobre el particular, lo que se impone es la inadmisión del libelo como perentoriamente lo ordena el artículo 184, inciso 2, de la Ley 906 de 2004, pues del contexto de la queja se advierte que el asunto planteado no precisa de un fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso, como que las mismas se encuentran satisfechas con el criterio decantado al respecto.

Lo anterior sin perjuicio de señalar que la Corte no advierte situación alguna que legalmente la habilite para superar la carencia de fundamento sustancial de la réplica con el fin de decidir de fondo, ni observa violación alguna de las garantías fundamentales del procesado MARTÍN AUGUSTO OCAMPO GUTIÉRREZ con ocasión del procedimiento cumplido o en el

fallo impugnado, como para que sea necesario el ejercicio de la facultad oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos concretados por la Corte a partir del fallo de 12 de septiembre de 2005 (radicación 24322).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,

RESUELVE:

1. NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por la defensora de MARTÍN AUGUSTO OCAMPO GUTIÉRREZ contra la sentencia que en segunda instancia confirmó la condena en su contra como autor de actos sexuales abusivos con menor de catorce años y demanda de explotación sexual comercial con menor de dieciocho años, ambas conductas cometidas en concurso homogéneo y heterogéneo.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, es facultad del recurrente elevar petición de insistencia.

Notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PRESIDENTE

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUELLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

- 1 Nacida el 23 de marzo de 1999.
- 2 Nacida el 13 de octubre de 1994.
- 3 Nacida el 9 de agosto de 1999.
- 4 Nacida el 23 de marzo de 1999.
- 5 Nacida el 5 de marzo de 1998.
- 6 Nacida el 22 de septiembre de 1997.
- 7 Cuaderno 1, folios 1-11. Cuaderno 2, folios 282-364 y 454-513.
- 8 Cuaderno 1, folios 12-16.
- 9 Cuaderno 1, folios 25, 26, 85-92, 94-95, 156-158, 164-215 y 239-252. Cuaderno
2, folios 282-364.
- 10 Cuaderno 2, folios 384-440 y 454-513.
- 11 Cuaderno 2, folios 535-563.

12 Cfr. CSJ SP2444-2018, 27 jun. 2018, rad. 48734.