

República de Colombia

Casación sistema acusatorio No. 49799

NELSON JAVIER CASTAÑO SÁNCHEZ

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

Magistrado ponente

SP107-2018

Radicado N° 49799

Aprobado Acta No. 38.

Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

V I S T O S

Examina la Corte en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 28 de octubre de 2016, a través de la cual se revocó la absolución emitida en primera instancia, el 17 de marzo de 2016, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, y en su lugar condenó a NELSON JAVIER CASTAÑO SÁNCHEZ, como autor del delito de acoso sexual, a la pena principal de 16 meses de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual lapso. Se negaron al acusado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

HECHOS

En el mes de mayo de 2011, en horas de la noche y cuando se hallaba dedicado al sueño en una de las habitaciones del Hogar Juvenil Campesino del municipio de Angelópolis, Antioquia, el adolescente Y.J.V.B, de 14 años de edad, hasta su cama llegó NELSON JAVIER CASTAÑO SÁNCHEZ, director de la institución, quien, sin forzarlo o amenazarlo, se ocupó de frotar por cerca de treinta minutos sus partes íntimas, hasta cuando el joven, que durante las maniobras adoptó un comportamiento pasivo, decidió abandonar el lecho y situarse al lado de un familiar, acomodado en otra de las literas.

Al día siguiente acudió el afectado, junto con dos de sus primos, a reclamar el hecho a CASTAÑO SÁNCHEZ, quien les entregó sesenta mil pesos para asegurarse su silencio, no obstante lo cual, sometidos los jóvenes a interrogatorio por parte de sus progenitores, respecto del origen del dinero, terminaron por dar a conocer lo sucedido, de inmediato denunciado ante las autoridades.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia realizada el 28 de noviembre de 2013 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Angelópolis -previamente se había realizado imputación por el delito de acto sexual con menor de 14 años, que fue anulada-, la fiscalía imputó a NELSON JAVIER CASTAÑO SÁNCHEZ, el delito de acto sexual violento agravado, al cual no se allanó este.

Y si bien, el ente investigador solicitó la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad, ello fue negado por el despacho, motivando la interposición del recurso de apelación.

Al desatar la alzada, en decisión del 28 de febrero de 2014, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Caldas, Antioquia, revocó lo resuelto por el A quo y en su lugar dispuso imponer medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario contra NELSON JAVIER CASTAÑO SÁNCHEZ.

El 19 de diciembre de 2013, fue presentado el correspondiente escrito de acusación. La subsecuente audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 18 de junio de 2014, ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, dado que la Juez Promiscua Municipal de Caldas, Antioquia, se declaró impedida. Allí se atribuyó al procesado el delito de acto sexual violento, agravado.

El 2 de octubre de 2014, fue celebrada la audiencia preparatoria.

Entre el 29 de septiembre de 2015 y el 20 de enero de 2016, fue adelantada la audiencia de juicio oral, al final de la cual el juez de conocimiento anunció el sentido del fallo absolutorio.

El 17 de marzo de 2016, se dio lectura a la sentencia, en la que, acorde con el sentido antes anunciado, se absolvió al acusado del delito de acto sexual violento agravado.

Apelada la decisión por la Fiscalía y la representación de las víctimas, el 28 de octubre de 2016 se dio lectura a la sentencia de segunda instancia, en la cual el Tribunal revocó lo decidido por el A quo y en su lugar, como se anotó al inicio, condenó a NELSON JAVIER CASTAÑO SÁNCHEZ, en calidad de autor del delito de acoso sexual.

En contra del fallo de segunda instancia presentó demanda de casación el defensor del

procesado.

Concedido el recurso, la carpeta fue repartida a la magistratura de la Corte el 22 de febrero de 2017. El 28 de febrero siguiente se declaró ajustada la demanda, fijándose la fecha de realización de la audiencia de sustentación.

LA DEMANDA

Lo enfila el demandante -defensor del acusado- dentro de la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por afectación sustancial de la estructura del proceso.

Al efecto, sostiene que si bien, en la acusación se atribuyó al acusado el delito de actos sexuales violentos agravados, nunca se precisó de manera fáctica en que consiste la agravación fijada en el numeral segundo del artículo 211 del C.P., a efectos de conocer en dónde radica la particular autoridad del victimario o las circunstancias que obligaban a la víctima a depositar su confianza en este.

De esta manera, considera el casacionista que se violó, en la formulación de acusación, el contenido del numeral 2° del artículo 337 de la Ley 906 de 2007 (también consignado para la formulación de imputación en el artículo 288 ibídem), que impone la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en lenguaje claro y comprensible.

Solo en los alegatos de apertura y cierre del juicio oral, añade el demandante, la Fiscalía sostuvo que el acusado “aprovechándose de su cargo”, se acostó al lado del afectado, pero nunca se especifica desde cuándo se conocían ellos o cómo el cargo le daba particular autoridad a aquel.

Lo anotado, dice el impugnante, comporta trascendencia en el caso examinado, pues, el Ad quem condenó por un delito distinto al objeto de acusación, esto es, acoso sexual, conducta que reclama imperioso definir el grado de autoridad del acosador, elemento que

precisamente se echa de menos en la formulación de acusación.

Entiende el recurrente, así mismo, que la conducta que debió ser objeto de imputación y acusación, acorde con la descripción fáctica, es la de injuria por vías de hecho –presenta un estudio sobre el particular-, pero como así no sucedió, ha de absolverse al acusado.

Pide, en consecuencia, que se case el fallo de segundo grado para efectos de dar plena vigencia a la sentencia absolutoria de primera instancia.

INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE ARGUMENTACIÓN

1. La defensa

Reitera lo consignado en el cargo admitido por la Corte, advirtiendo que la cuestión a definir ahora es si se hace o no posible condenar por acoso sexual cuando la acusación versa por un acto sexual agravado suficientemente desvirtuado por las instancias.

A ese efecto, cita jurisprudencia de la Sala (radicado 25743 del 26 de octubre de 2006), que no desarrolla, para después sostener que la Fiscalía enunció pero no determinó los hechos en sus especificidades de modo, tiempo y lugar.

En este sentido, significa el demandante que no se menoscabó la libertad de autodeterminación del menor, ni hubo reiteración en el asedio, de lo cual puede concluirse que perfectamente la víctima podía negarse a las pretensiones del acusado.

Pide, en consecuencia, que se case el fallo dando valor a la sentencia de primer grado porque no se cubren los presupuestos típicos del delito de acoso sexual. Además, solicita que la Corte se refiera específicamente a los delitos de actos sexuales, acoso sexual e injuria por vías de hecho, para establecer sus diferencias.

2. La Fiscalía

Parte por advertir que no se entiende si en el cargo la defensa acudió a la vía indirecta de los errores de hecho para señalar que no se han demostrado los elementos del delito de acoso sexual, o busca plantear la incongruencia entre la acusación y el fallo.

Luego, manifiesta que los hechos objetivos remiten a que el director del Hogar Campesino tocó las partes íntimas del menor sin su consentimiento.

A este efecto, destaca la Fiscalía que si bien, el menor no hizo actos perceptibles de consentimiento, ello no conduce a asumir aceptado el vejamen. Es por ello que la acusación versó por la conducta punible de acto sexual violento, agravado por la posición distinguida del procesado.

Sin embargo, acota el Fiscal Delegado, al desvirtuarse la violencia (la sentencia fue expedida antes de entrar en vigencia el artículo 212A del Código Penal) hizo bien el Tribunal en condenar por acoso sexual, pues, no se materializa el delito de injuria por vía de hecho, pero sí se invadió la intimidad sexual del afectado.

En seguimiento, entonces, del principio de congruencia flexible, el Ad quem degradó la conducta punible de acto sexual violento a acoso sexual, una vez determinado en la acusación -aunque no fue muy descriptivo el fiscal del caso-, que efectivamente el procesado fungía como director del Hogar Campesino, lo que le daba particular autoridad sobre la víctima, configurando así el elemento típico del segundo punible, al que se suma la ausencia de consentimiento del menor, tópico que no admite discusión, en tanto, nunca se ha puesto en tela de juicio su credibilidad y debe remitirse al temor, precisamente por el cargo del victimario, la omisión en repeler de manera más evidente la agresión sexual.

Pide, acorde con lo anotado, que no se case el fallo impugnado en casación.

3. El Ministerio Público

Comparte la postura de la Fiscalía, por estimar que el principio de congruencia no fue violado, en tanto, la conducta punible varió hacia una de menor rango ubicada en el mismo capítulo.

Descarta, a su vez, que lo sucedido integre el delito de injuria por vías de hecho, por cuanto esta conducta se manifiesta ocasional, como sucede con los tocamientos en vehículos de servicio público o en aglomeraciones.

Destaca que efectivamente el acusado, valiéndose de su particular autoridad en cuanto director del Hogar Juvenil Campesino, sometió a tocamientos en sus partes íntimas al menor, quien por el temor que ello le suscitaba –acude aquí a lo narrado por la víctima-, no pudo resistirse, aunque después abandonó la cama para refugiarse en el lecho de su primo.

Por virtud de lo anotado, solicita que no se case la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Un solo cargo propuso el casacionista y a éste atenderá la Corte para resolver la cuestión planteada, pero, precisamente por las connotaciones que lo alegado comporta deben analizarse los siguientes tópicos:

1. Cómo se entiende afectado el principio de congruencia en la Ley 906 de 2004.
2. Las notas características de los delitos de acoso sexual e injuria por vías de hecho, así como su diferencia con los actos sexuales violentos.
3. El caso concreto.

1. Cómo se entiende afectado el principio de congruencia en la Ley 906 de 2004

La Corte ha elaborado amplia y reiterada jurisprudencia atinente al principio de congruencia, de cara a los presupuestos que lo gobiernan y la necesidad de preservar el debido proceso y derecho de defensa a partir de su protección, en el entendido que para la parte acusada se hace necesario no solo conocer los cargos por los cuales se convoca a juicio, sino defenderse adecuadamente de los mismos.

No se aprecia necesario traer a colación las líneas construidas, al efecto, por la Sala en sede de las normativas procedimentales expedidas en los últimos años, por entenderse suficientemente conocidas, a más que, finalmente, la decisión a tomar viene gobernada por presupuestos eminentemente probatorios, como en su debido momento se explicará.

Sucede, para lo que convoca ahora el interés de la Sala, que las partes e incluso los juzgadores parecen tener una equivocada interpretación de lo que la Sala tiene establecido al respecto y por ello se hacen necesarias algunas precisiones.

En efecto, el juzgador de primer grado advirtió conocer la decisión de la Corte que en ocasión anterior ordenó anular al trámite adelantado respecto de un delito de acto sexual violento, por estimar que la hipótesis plausible de investigar lo era la injuria por vías de hecho (radicado 25743, del 26 de octubre de 2006), pero sostiene que no es posible asumir esa postura porque significaría incidir en la voluntad de la Fiscalía.

Sucede, empero, que efectivamente, si consideraba que el delito no lo era el de actos sexuales violentos, sino la injuria por vías de hecho, se hacía factible haber condenado por esta conducta punible, sin que ello afecte el principio de congruencia ni se aprecie que se vulneren el debido proceso o derecho de defensa.

Tampoco, para aludir a lo expuesto por el Fiscal Delegado ante la Corte, es hoy obligación que se permanezca dentro del mismo título o capítulo del Código Penal.

Si bien, la Corte respecto de la Ley 906 de 2004, partió por construir una tesis que radicaba en 4 factores la posibilidad de variar la conducta y emitir condena por el nuevo nomen iuris, después flexibilizó esos criterios.

En este sentido, ha sido postura inmutable que el debido proceso y consecuente derecho de defensa se ven afectados, cuando:

“...ocurre alguna de las siguientes eventualidades (CSJ SP, 6 de abr. de 2006, rad. 24668; CSJ SP, 28 de nov. de 2007, rad. 27518; CSJ SP, 8 de oct. de 2008, rad. 29338):

(i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación.

(ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.

(iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación.

(iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma (CSJ SP, 27 de jul. de 2007, rad. 26468; CSJ SP, 3 de jun. de 2009, rad. 28649; CSJ SP, 15 de oct. de 2014, rad.

41253)1.

A partir de ello, en un principio, como se anotó, la Sala estableció que era posible emitir sentencia²:

“sobre hechos o denominaciones jurídicas distintas a las que se formularon en la acusación. Sobre este asunto ha señalado lo siguiente:

“(…) encuentra la Corte que nada de ello se opone a que [la fiscalía] bien pueda solicitar condena por un delito de igual género pero diverso a aquél formulado en la acusación –siempre, claro está, de menor entidad-, o pedir que se excluyan circunstancias de agravación, siempre y cuando –en ello la apertura no implica una regresión a métodos de juzgamiento anteriores- la nueva tipicidad imputada guarde identidad con el núcleo básico de la imputación, esto es, con el fundamento fáctico de la misma, pero además que no implique desmedro para los derechos de todos los sujetos intervinientes.”³

De la anterior postura se desprende que en verdad al juzgador de primer grado le está permitido apartarse de la imputación fáctica y jurídica que ha formulado la fiscalía en la acusación, pero esa posibilidad no depende solamente de que la nueva calificación sea más favorable a los intereses del acusado, o de que en el juicio se haya debatido las pruebas que soportan la denominación jurídica sobreviviente.

Es así que, de acuerdo con el precedente jurisprudencial citado, la eventualidad de condenar por delito distinto al acusado encuentra los siguientes límites: a) es necesario que la fiscalía así lo solicite de manera expresa; b) la nueva imputación debe versar sobre un delito del mismo género⁴; c) el cambio de calificación debe orientarse hacia una conducta punible de menor entidad; d) la tipicidad novedosa debe respetar el núcleo fáctico de la acusación, y e) no debe afectar los derechos de los sujetos intervinientes.”

Con posterioridad, sin embargo, se eliminó la exigencia de que el cambio de nomen iuris

sea expresamente solicitado por el Fiscal del caso. Esto se dijo recientemente⁵:

“La Sala tiene precisado que «la acusación es un acto dúctil que permite incluso, sin causar infracción al debido proceso, condenar por “delitos” distintos al formulado», en concreto, cuando «(i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género (ii) se trate de un delito de menor entidad, y (iii), la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación»⁶.

Aun cuando la Corporación inicialmente sostuvo que la posibilidad que tiene el sentenciador de condenar por un delito distinto al acusado estaba condicionada a que la Fiscalía así lo solicitara, dicho criterio fue revisado con posterioridad, de modo que actualmente no constituye condición necesaria para la variación de la calificación jurídica de la conducta⁷.”

Es necesario destacar, por último, que en ninguna de las decisiones citadas se hace referencia a la necesidad de que el nuevo tipo penal se halle inserto en el mismo título o capítulo del modificado, asunto que corresponde a anteriores normativas procedimentales, ya derogadas. Apenas se anota que debe corresponder al mismo “género”.

A este respecto, ya la Corte tiene dicho que el término en cuestión opera material y no formal, de manera que no existen, a lo largo de los diferentes títulos o capítulos que conforman los delitos insertos en la Ley 599 de 2000, límites específicos para que una conducta punible pueda ser mutada por otra y ello genere legítima sentencia de condena.

Huelga anotar, mientras no se varíe el núcleo fáctico de los hechos objeto de acusación, este sí inmodificable, y la nueva conducta sea menos gravosa para el acusado.

Así lo sostuvo la Sala hace poco⁸:

“Debe advertirse también que la identidad del bien jurídico no es un presupuesto

insoslayable del respeto al principio de congruencia y, por ende, de la posibilidad de condenar por una conducta punible distinta a la definida en la acusación. Ya en múltiples decisiones se ha insistido en que «La modificación de la adecuación típica de la conducta puede hacerse dentro de todo el Código Penal, sin estar limitada por el título o el capítulo ni, por ende, por la naturaleza del bien jurídico tutelado», por cuanto «En la ley procesal actual -Ley 600 de 2000-, a diferencia de la anterior, la imputación jurídica provisional hecha en la resolución acusatoria es específica (art. 398.3), (por ejemplo, homicidio agravado previsto en los artículos 103 y 104.1 del Código Penal), sin que se exija el señalamiento del capítulo dentro del correspondiente título, lo que significa que para efectos del cambio de la adecuación típica o de la congruencia, esos límites desaparecieron»⁹.

Claro, cierto es que esas consideraciones se han realizado frente a procesos tramitados bajo la Ley 600 de 2000; sin embargo, nada obsta para que, igualmente, sean predicables de los que, como el presente, obedezcan a la ritualidad establecida por la Ley 906 de 2004, pues en ésta la imputación jurídica también es específica y provisional, por lo que ninguna razón habría para que se mantuviera una exigencia que respondía, como se vio, a las formas restringidas que para ese acto procesal preveía el código de 1991 (Decreto 2700). Eso sí, no sobra reiterar que la inmutabilidad fáctica sigue siendo presupuesto inamovible de la legalidad de la sentencia, en cuanto garantía esencial del derecho a la defensa.

Así pues, la condena por una conducta punible degradada, en cuanto implica una menor punibilidad que la descrita en la acusación, habiéndose garantizado la intangibilidad del núcleo fáctico de la imputación y, por ende, la oportunidad de defensa, descarta la denunciada trasgresión del principio de congruencia”.

Vistas las anteriores precisiones jurisprudenciales, es claro que para el juzgador resulta factible condenar por un delito de injuria por vías de hecho en los casos en los cuales se acusó por la conducta punible de acto sexual violento, dada la menor entidad punitiva del primero¹⁰; eso sí, siempre y cuando ello no apareje la mutación del núcleo fáctico del

delito.

2. Las notas características de los delitos de acoso sexual e injuria por vías de hecho, así como su diferencia con los actos sexuales violentos

1. La injuria por vías de hecho

El artículo 226 de la Ley 599 de 2000, tipifica el delito, por remisión al artículo 220 anterior, de la siguiente manera.

“Injuria por vías de hecho. En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agravie a otra persona”.

No mucho se ha dicho jurisprudencialmente sobre este delito, dada su muy ocasional ocurrencia y la textura bastante abierta del tipo, que se remite de manera genérica al agravio.

Se entiende, al efecto, que se trata de las formas, distintas a las verbales, en que se ofende el honor de una persona, como cuando se le abofetea –sin que se trate, en estricto sentido, de lesiones personales-, escupe o somete a escarnio –despojarla de sus vestiduras, arrojarle excrementos, etc.-

Desde luego que el agravio, si ese es el querer del ofensor, puede ocupar matices sexuales, visto que este es un aspecto que como el que más puede incidir en el honor de las personas.

Por ello, si es factible hablar de injurias verbales cuando se pone en tela de juicio el honor

de una persona en esta materia, algo similar cabe predicar del mancillamiento por vías de hecho.

Es a esto a lo que atendió la Corte en decisión ya conocida, incluso expuesta en el proceso¹¹, en la que se decretó la nulidad de todo lo actuado procesalmente, por entenderse que la Fiscalía debió enfilar su investigación hacia la injuria por vías del hecho y no respecto del acto sexual violento objeto de acusación.

Es claro, eso sí, que los casos que comportan matices sexuales, o mejor, que involucran a través de este medio la injuria, no pueden desbordar el simple tocamiento o caricia fugaz o imprevista, so pena de que ya superados estos límites, la conducta derive hacia otros tipos penales, dada la mayor envergadura del bien jurídico afectado.

Vale decir, en los casos en los cuales surge evidente el ánimo ríjoso que acompaña el acto, cuando este no es fugaz e independientemente del medio utilizado, la ilicitud no reposa en la injuria por vías de hecho.

Esto es, si el acto o actos de claro contenido erótico-sexual, dirigido indudablemente a satisfacer la libido del sujeto activo, se manifiesta evidente, ajeno a la repentina y fugaz acometida, no es posible mutarlo hacia una conducta ontológica y jurídicamente diferente -injuria por vías de hecho-.

Entonces, si no cabe duda de que el sujeto activo ejecutó maniobras evidentemente constitutivas de actos sexuales, acorde con la textura abierta que estos comportan, el delito nunca puede acomodarse típicamente dentro del espectro de la injuria por vías de hecho.

2. Acoso sexual

No es, este, un tipo penal que haya sido objeto de detenido examen en la Corte, dada su novedosa incorporación como delito.

De un rastreo realizado a algunas legislaciones foráneas, es posible extractar que por virtud del ámbito en el cual se ejecuta y lo buscado proteger, las más de las veces su sanción opera en planos meramente administrativos, civiles o disciplinarios, como quiera que corresponde a situaciones de subordinación laboral que derivan en sometimiento, retaliaciones u hostigamientos, en la mayoría de los casos ejecutados sobre mujeres.

Por ello, no es de extrañar que la primera de las normas internacionales dirigida a proteger a las mujeres del acoso sexual, corresponda a una resolución del año 1985 de la OIT¹², encaminada a luchar contra este tipo de hostigamientos, como medio adecuado para obtener la igualdad y eliminar la discriminación de la mujer.

A partir de allí, el acoso sexual ha sido definido como mecanismo de discriminación o de violencia contra la mujer, entre otros, en:

- La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979);

- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994);

- La Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (El Cairo, 1994);

- La Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995); y

- El Convenio N° 169 de la OIT.

En este sentido, el artículo 2º, de la Convención de Belem do Pará de 1994, reseña:

“Artículo 2

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.”

En seguimiento de pautas y tratados internacionales, muchos países de América, entre ellos Brasil, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana y Venezuela, tipifican como delito el acoso u hostigamiento sexual, hallándose que en muchas de estas legislaciones –e incluso en España- la conducta es circunscrita a ámbitos laborales, educativos y de salud, o aquellos en los que pueda manifestarse algún tipo de superioridad del victimario sobre la víctima, en seguimiento de la Convención de Belem Do Pará, antes citada.

También es de destacar, respecto del modo a que refiere la conducta, cómo esta busca diferenciarse del estricto delito de contenido sexual –dígase el acceso carnal o los actos sexuales- a partir de sancionar no el hecho consumado, sino, precisamente, las insinuaciones, tratos o solicitudes que, prevalidas de la posición de autoridad o producto del ámbito laboral, busquen ese como fin.

A este efecto, para evitar equívocos el artículo 165 del Código Penal de El Salvador¹³, advierte: “El que realice conducta sexual indeseada por quien la recibe, que implique frases, tocamiento, señas u otra conducta inequívoca de naturaleza o contenido sexual y que no constituya por sí sola un delito más grave, será sancionado con prisión de tres a cinco años.”.

En el mismo sentido, cabe destacar que, si bien, no se posee una definición unívoca de acoso sexual, sí es posible determinar un lugar común, referido a que se trata de actitudes o comportamientos que por sí mismos causan mortificación o crean un clima hostil en ámbitos de trabajo o similares, respecto de actos, gestos o palabras que en muchas ocasiones representan una pretensión, pero no la consumación de la misma.

Sobre el particular, la Directiva 2002/73/EC, del 23 de septiembre de 2002, de la Unión Europea, califica como acoso sexual: “La situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.¹⁴

Ahora bien, en Colombia el delito de acoso sexual fue instaurado en la Ley 1257 de 2008 “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”

Por consecuencia de ello, al Código Penal se agregó el artículo 210 A, así redactado:

“Acoso sexual. El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) tres (3) años.”

En principio, mirado el contexto dentro del cual se inscribe el delito, podría advertirse, apreciadas también las características históricas y de derecho internacional y comparado, que la ilicitud busca proteger, en especial, a la mujer, en cuanto víctima secular de discriminación y violencia sexual en los contextos laboral, social y familiar.

Incluso, la Corte Constitucional cuando se ha referido al tema lo ha hecho en clave de la protección de la mujer, al punto de significar que (sentencia T-265 de 2016): “la violencia contra la mujer, y específicamente el acoso sexual en el ámbito laboral, constituye una forma de violación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

Ello, sin embargo, no puede conducir a significar que el delito sólo opera respecto de la mujer como sujeto pasivo, pues, tal conclusión no se desprende del texto de la norma, en cuanto remite al genérico “el que”, para referirse al agresor, pero de igual manera, delimita que la víctima lo es “otra persona”, sin definir género específico.

En consecuencia, es factible advertir que, si bien, el delito en cuestión opera por lo general en contra de la mujer, nada impide que en determinados casos específicos pueda determinarse materializado el mismo respecto de víctimas de otro género o identidad sexual, independientemente de que el agresor lo sea otro hombre o una mujer y siempre y cuando se cubran los presupuestos modales, objetivos y subjetivos, que diseñan el tipo penal en examen.

Precisamente, en torno de estos elementos es necesario señalar que el artículo 210 A, contiene una textura bastante abierta, a la espera de consignar allí todas las posibilidades de ejecución de la conducta e incluso de beneficiarios de la misma, pues, se alude al “beneficio” propio o de un tercero.

En este sentido, se hace evidente que lo buscado es superar el ámbito meramente laboral, educativo o de salud y la relación de dependencia y subordinación que de los mismos dimanara, como quiera que alude no solo a la superioridad manifiesta que pueda existir de

parte del perpetrador hacia la víctima, sin establecer en dónde puede radicar esta, sino a las relaciones de “autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica”.

Tan variado catálogo imposibilita que pueda aventurarse un listado de hechos que, aunque fuese a título ejemplificativo, delimiten en cuáles circunstancias es factible ejecutar el delito, sin que ello impida, desde luego, sostener que no existe discusión acerca de la materialidad del punible en escenarios de trabajo y que la esencia de la conducta radica en las posibilidades que surgen de la asimetría entre la víctima y el agresor, en cuanto permite a este último subyugar, atemorizar, subordinar, amedrentar, coaccionar o intimidar a la primera, permitiéndole agraviarla, humillarla o mortificarla.

Ahora bien, de similar forma a los aspectos descriptivos y normativos, el tipo penal propone una enumeración exhaustiva de los verbos rectores que conforman la conducta, significando que ella se materializa en los casos en que el sujeto activo “acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente”.

De dichos verbos rectores cabe anotar que todos indican, en principio, una idea de actos persistentes o reiterativos en el tiempo, pues, basta verificar las acepciones consagradas en el diccionario, para asumir dinámico y no estático el comportamiento.

Así, en torno del término “acosar”, dice la RAE, en su primera acepción: Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona”.

“Perseguir”, acorde con la misma obra, responde a:

“1. tr. Seguir a quien va huyendo, con ánimo de alcanzarle.

2. tr. Seguir o buscar a alguien en todas partes con frecuencia e importunidad

3. tr. Molestar, conseguir que alguien sufra o padezca procurando hacer el

mayor daño posible.”

A su turno, “hostigar” se define como:

“1. tr. Dar golpes con una fusta, un látigo u otro instrumento, para hacer mover, juntar o dispersar.

2. tr. Molestar a alguien o burlarse de él insistentemente.

3. tr. Incitar con insistencia a alguien para que haga algo.”

Y, por último, “asediar”, se define como:

“1. tr. Cercar un lugar fortificado, para impedir que salgan quienes están en él o que reciban socorro de fuera. Asedió el castillo.

2. tr. Presionar insistentemente a alguien. La delantera asedió al equipo contrario. “

Se ratifica, con lo transcrito, que el acoso sexual, en sus varios verbos rectores, dice relación con una suerte de continuidad o reiteración, que no necesariamente, aclara la Corte, demanda de días o de un lapso prolongado de tiempo, pero sí de persistencia por parte del acosador.

Ello, estima la Sala, para evitar que por sí misma una manifestación o acto aislado puedan entenderse suficientes para elevar la conducta a delito, independientemente de su connotación o efecto particular, en el entendido que la afectación proviene de la mortificación que los agravios causan a la persona.

Desde luego, es posible advertir que el bien jurídico tutelado –libertad, integridad y formación sexuales-, puede verse afectado con un solo acto, manifestación o roce físico, pero se entiende que para evitar equívocos el legislador, dado que aplicó un criterio

bastante expansivo de la conducta, estimó prudente consagrar punibles solo los actos reiterados, persistentes o significativos en el tiempo, y así lo plasmó en la norma con la delimitación de dichos verbos rectores, compatibles con la noción de acoso.

De haberse pretendido sancionar penalmente hechos aislados o individuales, bastaba con así referenciarlo a través de verbos como “insinuar”, “manifestar”, “solicitar” o “realizar”, como así sucede en la ley penal española, donde a más de circunscribirse el delito a ámbitos laboral, docente o de prestación de servicios, directamente se sanciona a quien “solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero”¹⁵.

Se resalta, eso sí, que el asedio, entre otros verbos contemplados en la norma examinada, no reclama de prolongación en el tiempo, sino de insistencia en el actuar, que se traduce en la inequívoca pretensión de obtener el favor sexual a pesar de la negativa reiterada de la víctima.

Si se tratase de ejemplificar, es posible señalar que existe asedio y, en consecuencia, acoso sexual, cuando el encargado de brindar un empleo, de manera específica reclama favores sexuales a quien busca obtenerlo, pues, efectivamente el contexto informa de una suerte de sin salida para la víctima, puesta en el parangón de acceder a lo solicitado o perder dicha posibilidad.

En estas circunstancias, cabe relevar, el asedio se refleja en el mal objetivo que resulta de la negativa, en cuanto, el acosador no ofrece salida digna para quien se halla a su merced.

Por último, en lo que al tipo penal respecta, este contiene lo que la doctrina denomina elemento subjetivo específico o ánimo especial, referido a que el acoso tenga, en favor del sujeto activo o de un tercero, “fines sexuales no consentidos”.

Debe precisarse aquí, que la conducta se consuma y el daño es producido por razón del acoso, hostigamiento, asedio o persecución emprendidas por el victimario, que en términos

generales genera zozobra, intimidación o afectación psicológica a quien lo padece, para no hablar de la limitación que se produce respecto de la libertad sexual.

Vale decir, el acoso sexual opera ajeno a algún tipo de acto sexual o acceso carnal que se produzca por ocasión de los comportamientos del victimario, en tanto, cabe reiterar, lo sancionado no es que se logre el propósito, sino que con tal fin se emprendan conductas en sí mismas vejatorias que directamente afectan a la persona, razón suficiente para definir que no se trata de un delito de resultado, en lo que al cometido eminentemente sexual respecta.

Sobre el particular, debe la Corte precisar que con la introducción que hizo la Ley 1719 de 2014, del artículo 212 A del C.P., evidente se advierte que si el comportamiento del agente alcanza los hitos del acto sexual o el acceso carnal, la conducta punible a atribuir no lo es el acoso sexual, eventualmente alguno de aquellos, siempre y cuando converjan todas las exigencias normativas para ello.

En efecto, el artículo 212 A, contempla:

“Violencia. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia: el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza, la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación; la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.”

Para la Corte no cabe duda que dentro de las hipótesis reseñadas en la norma como constitutivas de violencia, se incluyen los factores de superioridad, autoridad o poder que por su factor intimidatorio menguan la oposición de la víctima al vejamen, en los casos de acoso sexual.

Por manera que, la distinción entre la materialización de un delito de acceso carnal o actos

sexuales violentos, y uno de acoso sexual, estriba en los alcances de lo ejecutado por el agente.

Ahora bien, como quiera que el fiscal Delegado ante la Corte expuso en su alegación que no es posible hacer valer el contenido del artículo 212 A del C.P. para el caso en estudio, dado que la norma fue expedida con posterioridad a los hechos que aquí se examinan, la Sala debe significar su desacuerdo con esta postura.

Es claro, a este efecto, que la norma no hace más que recoger, para explicitar el término, varias de las posibilidades que al respecto venían desarrollando los jueces y la doctrina extranjera, a fin de precisarla en un solo cuerpo y positivizarla, como interpretación auténtica, debiendo destacarse que en sentido expreso la norma no describe qué es la violencia, sino que enuncia algunos aspectos que hacen parte de la misma, sin que, así, pueda afirmarse que solo en estos casos existe o debería entenderse existir el fenómeno; que no puedan adscribirse otros ajenos a estos; o que en años anteriores al 2012 no fuese factible acudir a este tipo de factores para advertir cubierto el elemento modal.

Sobre el particular, la Corte siempre se ha valido de un criterio amplio o abierto de lo que por violencia debe entenderse, en el que perfectamente caben las circunstancias que ahora diseña el artículo 212A.

Apenas como ejemplo, en el radicado 20423, del 23 de enero de 2008, esto se anotó, en tesis que ha sido reiterada por la Sala:

“La Corte ha señalado que el factor de la violencia en el delito de acceso carnal violento debe ser valorado por el juez desde una perspectiva ex ante, esto es, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente el comportamiento del autor sería o no adecuado para producir el resultado típico, y en atención además a factores como la seriedad del ataque, la desproporción de fuerzas y el estado de vulnerabilidad de la persona agredida .

Ahora bien, es cierto que tradicionalmente se ha distinguido en las modalidades jurídicamente relevantes de violencia entre la llamada violencia física o material y la violencia moral.

La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados.

Para efectos de la realización típica de la conducta punible de acceso carnal violento, sin embargo, lo importante no es especificar en todos y cada uno de los casos la modalidad de la violencia empleada por el agresor, sino la verificación desde un punto de vista objetivo y ex ante que la acción desplegada fue idónea para someter la voluntad de la víctima. (...)

Es más, dado que la acción constitutiva del delito en comento debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, en la medida en que comprende una actividad compleja que no se reduce a la realización del simple acto de acceso carnal ni de un simple acto de agresión, es innegable que las modalidades de violencia son susceptibles de adaptarse a todo tipo de combinaciones y variantes, dependiendo de la manera en que se desarrollen las circunstancias de cada caso en particular (por ejemplo, cambiar de amenazas a vías de hecho y luego volver a las amenazas), e incluso su concurrencia ni siquiera tiene que ser

concomitante a la perpetración de la acción que configura el acceso, siempre y cuando la violencia objetivamente valorada ex ante sea la que determine su realización¹⁶”.

Bajo estas consideraciones, perfectamente en el asunto examinado, independientemente de que los hechos hayan ocurrido antes de 2012, es factible acudir a la norma para verificar si la violencia que se entiende haberse ejecutado, hace parte o no de los casos allí referenciados, pues, incluso, se hace posible examinar otros, siempre y cuando pueda definirse que efectivamente se avienen con todo lo que el término “violencia” encierra, o mejor, si la modalidad, acorde con las circunstancias, “fue idónea para someter la voluntad de la víctima”.

3. El caso concreto

La Corte debe destacar que respecto de los hechos puntuales atribuidos al procesado no existe mayor discusión entre las partes, dado que se entiende probado procesalmente al día de hoy, que efectivamente una noche del mes de mayo de 2011, en el Hogar Juvenil Campesino de Angelópolis, Antioquia, el acusado NELSON JAVIER CASTAÑO SÁNCHEZ, para ese entonces director del centro en cuestión, llegó hasta la cama donde dormía el menor YJVB, a la sazón de catorce años de edad, y por cerca de media hora se dedicó a acariciar su miembro viril hasta que la víctima, sin previa negativa objetiva, cuando ya dormía aquel, abandonó el lecho y tomó lugar en la litera de su primo.

Así delimitado lo sucedido, cabe ahora a la Sala, de conformidad con lo consignado en la acusación, debatido en el juicio oral y, finalmente, definido por las instancias, analizar esos hechos a la luz de las tres conductas punibles objeto de discusión.

1. Injuria por vías de hecho

Desde luego, el delito cometido no lo es el de injuria por vías de hecho, en tanto, como también se elucidó en el capítulo anterior del fallo, lo ocurrido no representa apenas el sorpresivo u ocasional frotamiento de partes íntimas que anuló la posibilidad de respuesta del afectado, ni el hecho puede estimarse sólo un agravio lesivo del honor del menor.

Los hechos que procesalmente se han estimado sucedidos, reitera la Corte, verifican que desde un comienzo, en un ámbito de completa intimidad, cuando el procesado tomó lugar en la cama del menor se ocupó de asir su miembro viril y someterlo a frotamientos reiterados, en connotación eminentemente sexual que se prolongó por cerca de media hora, superando ampliamente las fronteras de lo que la jurisprudencia de la Corte ha considerado injurioso.

2. Acto sexual violento

Si se tiene aclaro que la acusación versó, al igual que la imputación, por el delito de acto sexual violento agravado, ninguna vulneración se estima habría de producirse al principio de congruencia si aquí se condenara por esa ilicitud, desde luego, dejando a salvo el principio de no reformatio in pejus, visto que el recurso de casación fue presentado por la defensa.

Sin embargo, para efectos de definir efectivamente materializada la conducta por la cual es posible condenar, debe examinarse si fueron o no demostrados todos los elementos que la conforman, particularmente, el modo violento que condiciona su connotación penal.

Sobre el particular, la Corte advierte equívoco, cuando no abiertamente inconsecuente, el comportamiento procesal de la Fiscalía, pues, de manera errática fue delimitando lo ocurrido, sin norte definido, ni mucho menos, soporte probatorio efectivo.

Así, en una inicial imputación, después anulada, se atribuyó al indiciado el delito de actos sexuales con menor de 14 años, por estimarse que la víctima aún no había llegado a esta edad y una vez desechada la violencia como medio.

Determinado que el afectado tenía más de 14 años para la fecha de los hechos, de nuevo se formuló imputación, el 28 de noviembre de 2013, y allí la fiscal del caso atribuyó al indiciado el delito de acto sexual violento agravado, fundando la violencia, no en un hecho físico, sino en que “el joven no había permitido que usted realizara esos actos en él”, esto es, que “se vuelve violento porque el joven no quería”.

Nunca la fiscal delimitó cómo ese no querer del joven se tradujo en algún tipo de medio violento por parte del imputado, o mejor, qué específico factor fue el que doblegó la voluntad del afectado para impelerlo a aceptar el vejamen no querido.

Luego, sí, reseñó que por ocuparse el imputado en calidad de director del Hogar Juvenil Campesino, ello le daba particular autoridad sobre la víctima, configurando la causal de agravación referenciada en el numeral 2° del artículo 211 del C.P.

En curso de la diligencia, la defensa solicitó que se ampliara la base fáctica para que la Fiscalía precisara qué tipo de violencia fue la adelantada y cómo se prueba ella.

La Fiscal advirtió que no estaba obligada a mostrar elementos de prueba, pero significó que se materializó un tipo de violencia psicológica “a partir del momento que la persona empieza a desarrollar un acto que no fue consentido”, para después sostener que no es necesario golpear a la víctima.

En el escrito de acusación nada se dice acerca de la circunstancia que gobierna la violencia propia del delito de acto sexual violento atribuido al procesado, limitándose el documento a referenciar lo ocurrido y delimitarlo típicamente en los artículos 206 y 211-2, del C.P.

Nada distinto se presentó en la audiencia de formulación de acusación, aunque aquí la fiscalía aventuró que la causal de agravación del numeral segundo del artículo 211 del C.P., obedece a la calidad de director del Hogar Juvenil Campesino que cabía al acusado.

Por último, en el alegato introductorio del juicio oral, el fiscal del caso se refirió a los hechos, para resumir que el acusado “aprovechándose de su cargo”, se acostó al lado del menor y lo sometió a vejámenes sexuales.

Nunca el funcionario delimitó o siquiera relacionó la existencia de violencia y la forma en que esta se ejerció.

El recuento adelantado por la Corte permite verificar que ni fáctica ni jurídicamente la Fiscalía precisó jamás por qué el delito endilgado al acusado se enmarca en el artículo 306 del C.P., o en otros términos, en dónde radica la violencia que rotula dicha conducta.

Cuando más, en la imputación la fiscal del caso advirtió que dicha circunstancia deriva de que el menor nunca quiso o aceptó las maniobras salaces del acusado, con lo cual, huelga anotar, confundió el efecto con la causa.

No es posible, por ello, que ahora pueda hacerse radicar la dicha violencia, si se tratara de condenar al procesado por el delito objeto de acusación, en la condición de director del centro de acogimiento campesino –por estimarse que a ello alude el artículo 212A cuando referencia entre los medios violentos, la opresión psicológica, el abuso de poder o la utilización de entornos de coacción-, no solo porque este no fue el factor utilizado para delimitar esa circunstancia en la tipificación de la conducta, sino en atención a que, en contrario, el mismo fue circunscrito en calidad de agravante, dentro de los parámetros del artículo 211-2 del C.P.

Desde luego que se viola el debido proceso y, en especial, el derecho de defensa, si aquí se dijera que la violencia subyace en la condición del acusado, director del Hogar Juvenil

Campesino, y la intimidación o abuso de poder que ello pudo conllevar, pues, esa no fue una concreta circunstancia que conocieran él y su defensor y de la que pudieran defenderse en juicio.

No es, cabe aclarar a la defensa, que la Fiscalía nunca hubiese referenciado ese hecho concreto y que por ese camino se haya violado el principio de congruencia, en tanto, una vez verificado lo sucedido en las distintas audiencias, puede advertirse que jamás la condición de autoridad del procesado por consecuencia del cargo ocupado fue ocultada o tímidamente reseñada por la Fiscalía, para de allí significar algún tipo de violación al derecho de defensa. Y ni siquiera, cabe agregar, fue demostrado cabalmente con la prueba allegada en juicio.

Todo lo contrario, desde la audiencia de formulación de imputación, de manera amplia y si se quiere reiterativa, la fiscal del caso expresamente hizo ver al acusado, con presencia de su defensor, que la agravante del numeral 2° del artículo 211 del C.P., derivaba precisamente de que en condición de director del centro de acogida, gozaba de particular autoridad sobre la víctima.

Y nada diferente ocurrió en la formulación de acusación, en la cual, si bien, no se hizo amplia referencia al tópico, sí se reseñó particularmente el hecho, su consecuencia y la norma que lo regula, sin que la Sala observe que existió omisión sustancial o que lo sucedido allí pudo afectar de alguna manera el conocimiento suficiente -se reitera, ampliamente consignado en la formulación de imputación y reiterado en la acusación-, atinente a que a NELSON JAVIER CASTAÑO SÁNCHEZ se atribuye el delito de acto sexual violento, agravado por su condición de director del Hogar Juvenil Campesino.

El yerro estriba, debe precisarse, en que jamás se determinó fácticamente a qué correspondía la violencia que gobierna el delito de actos sexuales endilgado al acusado, en omisión inexcusable que no puede ahora suplirse con una circunstancia que gobernó un

aspecto jurídico diferente.

3. El acoso sexual

El delito pasible de atribuir al procesado no lo es, ontológica y jurídicamente hablando, el de acoso sexual, por el cual dispuso condena el Tribunal, en tanto, dejando de lado si la reiteración en el acometimiento sobre las partes íntimas del joven puede estimarse o no asedio, es lo cierto que las maniobras adelantadas superaron con mucho el ámbito de protección del artículo 210A, dado que no se limitaron a gestos, palabras, invitaciones lascivas o rozamientos externos, sino que directamente el procesado superó las ropas del afectado llegándose hasta el miembro viril para tomarlo en sus manos y someterlo a tocamientos, incursionando así en los actos sexuales a que alude el artículo 206 ibídem, si se dijera que ello estuvo precedido o acompañado de violencia.

Incluso de tomar en cuenta, como lo hace el Tribunal, que el acoso sexual vino precedido de la particular autoridad que pudo tener el acusado sobre la víctima, habría que concluir entonces, acorde con el examen que de ambos tipos penales se realizó en precedencia, que ese medio -particular autoridad- representa violencia y, por ello, que la conducta punible ejecutada no lo es el acoso sino el acto sexual violento a que alude el artículo 206 en mención, dadas las particularidades del vejamen.

Desde luego, si se trata de atemperar la responsabilidad penal para derivar un delito de menor entidad, esto es, el acoso sexual, sí se observa factible acudir a todas las circunstancias fácticas despejadas en la acusación y conocidas por la parte defensiva, para diseñar la nueva conducta más favorable, pues, como se anotó en el capítulo primero del fallo, no se viola el principio de congruencia ni los derechos anejos al mismo, cuando se condena por otra denominación típica, siempre y cuando ella consulte sin modificación los hechos atribuidos desde la imputación.

Empero, no es posible que aquí se ratifique la condena que por el delito de acoso sexual impuso el Tribunal, por dos razones fundamentales:

1. Los hechos despejados refieren una conducta ajena al acoso, dado que se materializó una efectiva intromisión en la intimidad del afectado, propia de verdaderos actos sexuales, solo que nunca la Fiscalía determinó si efectivamente hubo violencia o cómo se materializó ella.

2. Probatoriamente se demostró que la condición de director del establecimiento de acogida, de NELSON CASTAÑO SÁNCHEZ, no fue el factor que condujo a que el menor dejara de oponerse a las maniobras salaces del acusado.

a) Este tópico ya fue tratado en el capítulo anterior, donde se hicieron ver las diferencias entre ambas ilicitudes, se señaló que los mismos factores establecidos como medio efectivo en el acoso sexual, se estiman materializar la violencia propia del acto sexual abusivo, y fue sostenido que la diferencia entre ambas conductas radica en el tipo de maniobras o actos realizados.

b) Aunque no fue un tema tratado por el Tribunal, y ni siquiera se mencionó en los alegatos, la Corte no puede pasar por alto cómo la sentencia de segundo grado se fundamentó, para soportar la decisión de condenar por el delito de acoso sexual, en un hecho no probado, o mejor, desvirtuado por la prueba recogida en juicio.

Esto es, si se fundamenta el acoso en que el acusado tenía particular autoridad sobre la víctima en su condición de director del Hogar Juvenil Campesino –circunstancia que, como se dijo, fue despejada adecuadamente desde la imputación y reiterada en la acusación a

título de agravación del delito-, ello se opone a lo que la prueba demuestra.

En efecto, verificados los elementos de juicio igualmente producidos, es dable concluir que respecto de los hechos y la responsabilidad atribuida al acusado, se cuenta con una prueba fundamental, que para el caso estriba en el testimonio rendido bajo juramento por la víctima, para este momento procesal estimado completamente veraz y suficiente.

Junto con ello, la Fiscalía presentó pruebas encaminadas a demostrar la condición del acusado como director del Hogar Juvenil Campesino.

Nunca, sin embargo, la Fiscalía estableció probatoriamente cómo esa calidad, o la superioridad que supuestamente dimanaba de la misma, se erigió en medio fundamental para que el acusado pudiera ejecutar los actos sexuales sin que el menor se opusiera.

Ello, es necesario precisar, ha operado para la Fiscalía y el fallador de segundo grado apenas como criterio inferencial, a la manera de argumentar que si el procesado ocupaba el cargo en cuestión, esta debió ser la razón para que el afectado no se opusiera a los tocamientos, a pesar de no quererlos.

Sucede, sin embargo, que es el mismo afectado quien desvirtúa la tesis de superioridad como factor de amedrentamiento, cuando, a pregunta expresa del fiscal, después de significar que su forma de oposición a los tocamientos fue dar la espalda o ladearse, manifestó que no le dijo nada al acusado porque sintió temor “al haberme tocado y por ser una persona mayor que yo”.

Lo afirmado por el menor desvirtúa que exista nexo causal entre la aludida autoridad o superioridad del acusado y las razones que impelieron al primero a permitir los tocamientos, con lo cual se vacía de contenido fáctico la adscripción de la conducta al artículo 210 A del Código Penal.

Cierto, sí, que el tipo penal en cuestión contempla, dentro de los factores que permiten verificar delictuoso el hecho, la edad.

Sin embargo, esa no fue una circunstancia, dentro de lo fáctico, ni mucho menos lo jurídico, que hubiese sido tomada en consideración en la imputación, la acusación o siquiera los alegatos de la Fiscalía, razón por la cual resulta imposible deducirla aquí para soportar cualquier conducta punible atribuible al acusado.

Del sentido de la decisión

En suma, la sentencia de segunda instancia debe ser casada por dos razones fundamentales: (i) se materializa en ella la violación directa de la ley sustancial, dado que se condena por una conducta ajena a los hechos; y (ii) incurre el sentenciador en un error de hecho por falso juicio de identidad, al desconocer en la prueba de cargos un apartado fundamental que desvirtúa las circunstancias fácticas en que se funda la decisión.

Aquí es necesario destacar que de ninguna manera la Corte está significando que en casos como el examinado no pueda haberse materializado el delito de actos sexuales violentos, en el entendido que si de verdad se demuestra la existencia de algún factor de intimidación, entre ellos la edad del agresor o su condición de particular autoridad sobre la víctima, y en este sentido se presenta la acusación, después probada en juicio, la sentencia debe ser necesariamente condenatoria.

En el caso concreto, por ello, la decisión absolutoria no opera por un aspecto de tipicidad, o mejor, de ausencia de ella, sino por estrictos motivos procesales y probatorios.

Se resume que la Corte no puede condenar por el delito objeto de acusación, así se deje intacta la pena impuesta por el fallador de segundo grado para no afectar el principio de no reformatio in pejus, dado que nunca se determinó, ni formal ni materialmente, cuál es el factor de violencia que encierra.

Tampoco es posible condenar por el delito de injuria por vías de hecho, en atención a que este es ajeno a lo sucedido.

Lo anotado conduce que se deje con plenos efectos el fallo absolutorio de primer grado, aunque por razones diferentes a las consignadas allí.

El Tribunal de Medellín debe cancelar las órdenes de captura emitidas en contra del procesado con ocasión del fallo de condena expedido por esa Corporación.

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

CASAR la sentencia demandada para, en su lugar, confirmar el fallo proferido por la primera instancia, en el cual se absolvió al procesado NELSON JAVIER CASTAÑO SÁNCHEZ, del delito de acto sexual violento, agravado.

Cancélense las órdenes de captura emitidas en contra del acusado por el Tribunal de Medellín.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Cfr. AP4064-2016, 29 jun. 2016, Rad. 46318.

2 Sentencia del 3 de junio de 2009, radicado 28649

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de julio de 2007, radicación No. 26468

4 Aún así, la Corte precisó en el mismo precedente jurisprudencial que la variación de la calificación de una conducta punible hacia otra dentro del mismo capítulo podría configurar una inconsonancia, si se desborda el marco fáctico. Así lo precisó: “La Corte ha tenido oportunidad de señalar, inclusive, que no obstante tratarse de delitos pertenecientes a un mismo capítulo, existir identidad en el bien jurídico tutelado y de la sanción punitiva, como quiera que los argumentos defensivos se encaminan a desvirtuar los presupuestos que la descripción típica del delito imputado contiene, una variación en torno de ella que suponga la existencia de elementos delictivos diversos, de contenido jurídico, o extrajurídico y en relación con los cuales, en todo caso, no se habría ocupado de ser desvirtuados a través

de las pruebas con dicho cometido solicitadas en el juicio, dado que no hacían parte de la acusación, es incuestionable la vulneración del derecho de defensa...”

5 Radicado 48253, del 22 de marzo de 2017

6 CSJ AP, 28 may. 2014, rad. 42.357.

7 En ese sentido, CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32.685. De igual modo, CSJ AP, 18 dic. 2013, rad. 40.675.

8 Sentencia del 30 de noviembre de 2016, radicado 45589

9 Sentencias del 16 de marzo de 2016 (SP3339), rad. 44288; del 8 de noviembre de 2011, rad. 34495, y del 14 de septiembre de 2011, rad. 33688, ratificaron lo dicho originalmente en el auto del 14 de febrero de 2002, rad. 18457 y reproducido en las sentencias del 24 de enero de 2007, rad. 23540, y del 2 de julio de 2008, rad. 25587.

10 Para el delito de acto sexual violento el artículo 206 del C.P., modificado por la Ley 1236 de 2008, contempla pena de 8 a 16 años de prisión; al tanto que el artículo 226 del C.P., estipula pena de 16 a 54 meses de prisión para la injuria por vías de hecho.

11 Radicado 25743, del 26 de octubre de 2006

12 Resolución sobre igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo, emitida en la 71 Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra, Suiza

13 En, https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_El_Salvador.pdf

- 14 En, eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32002L0073
- 15 Artículo 184 de la Ley Orgánica 10 de 1995
- 16 Corte Suprema de Justicia: radicación: 20.423 del 23 de enero de 2008.