

Magistrado Ponente

SP1867-2021

Radicación # 56950

Acta 118

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de WILSON ALBEIRO BERMÚDEZ FERNÁNDEZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 23 de octubre de 2019, que confirmó la condenatoria dictada el 18 de marzo del mismo año por el Juzgado Penal del Circuito de Caldas -Antioquia-.

HECHOS:

Sobre las 5 de la tarde del 13 de marzo de 2018, WILSON ALBEIRO BERMÚDEZ FERNÁNDEZ le pidió a su vecina DPAR, de 13 años, que ingresara a su lugar de habitación, ubicado en la carrera 55 No. 110 sur-232 de la vereda El Cano del municipio de Caldas, para ayudarle a operar un celular. Una vez en el lugar, le prometió regalarle un celular, le preguntó si ya había tenido relaciones sexuales, le exhibió una película pornográfica y a la fuerza la tomó de las manos para besarla en la boca, lo que no logró porque la menor salió corriendo de la casa.

ANTECEDENTES PROCESALES:

1. En audiencia realizada el 15 de marzo de 2018 en el Juzgado 16 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín se impartió legalidad a la captura de BERMÚDEZ FERNÁNDEZ y la Fiscalía le imputó la comisión del delito de actos sexuales con menor de 14 años en la modalidad inducir -art. 209 C.P.-, cargo que no fue aceptado, pero que sirvió de sustento de la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.
2. Presentado el escrito de acusación, la audiencia respectiva se llevó a cabo el 7 de junio siguiente en el Juzgado Penal del Circuito del municipio de Caldas, autoridad que adelantó la etapa preparatoria y el juicio oral y, finalmente, emitió sentido del fallo de carácter condenatorio.
3. La sentencia se profirió en primera instancia el 18 de marzo de 2019 y en ella se impuso al sentenciado la pena de 108 meses de prisión y de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín el 23 de octubre del mismo, decisión contra la que la defensa presentó y sustentó oportunamente recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA:

En el único cargo de la demanda, el defensor pide casar la sentencia y, en su lugar, absolver al sentenciado porque el Tribunal aplicó en forma indebida el artículo 209 del Código Penal y, correlativamente, omitió los artículos 29 Superior, 9 al 12 del Código Penal y 7º de la Ley 906 de 2004.

Lo anterior porque el hecho de exhibir material pornográfico a la menor no configura conducta delictiva, dado que no es suficiente para inducir a la práctica sexual y vulnerar el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual.

A su criterio, entonces, i) el comportamiento es atípico, ii) en gracia de discusión, si se

predica la modalidad tentada, la conducta no era idónea para configurar el tipo, iii) de ser considerada típica, no se probó la afectación del bien jurídico de la menor DPAR, iv) no se puede obviar que la responsabilidad objetiva está proscrita y, v) el estándar de prueba de la presunción de inocencia y la duda razonable, obliga a absolver al procesado.

ACTUACIÓN ANTE LA CORTE:

1. El defensor.

Reiteró en lo fundamental los argumentos de la demanda, con apoyo en los cuales pidió casar el fallo y, en su lugar, absolver al sentenciado.

2. La Procuraduría.

Pide casar el fallo y absolver por duda en la medida que los razonamientos del magistrado disidente son acertados, pues no se lesionó el interés de la víctima en desarrollarse adecuadamente en materia sexual.

Considera probado que en horas de la tarde del 13 de marzo de 2018, en la vivienda del acusado, existió una interacción entre BERMÚDEZ FERNÁNDEZ y la menor DPAR, pues la joven relató en el juicio que tuvo acceso a una película de sexo explícito y que el acusado <<se puso pesado>>, pues trató de besarla, siendo repelido eficazmente por la adolescente, quien se retiró inmediatamente del sitio, situación que en su opinión podría constituir tentativa de actos sexuales, si no fuera porque no se puede equiparar el principio de ejecución con la tentativa de acto sexual, lo que convierte en atípica la conducta.

Y aunque es un comportamiento reprochable por ser contrario a las buenas costumbres, no es relevante jurídico penalmente porque no se probó la realización de ninguno de los verbos rectores del artículo 209 del Código Penal, dado que el acusado no realizó el acto sexual objeto de reproche penal con la menor, pues la afirmación de la joven de que tomó sus

manos y trató de besarla, no puede ser considerada como tal y tampoco realizó prácticas sexuales en su presencia, por lo que no lesionó el bien jurídico que el legislador ha querido proteger con esta clase de delitos.

Para el representante del Ministerio Público, además, no asiste razón al Tribunal al concluir que la exhibición de la película de contenido pornográfico está probada, puesto que conforme a lo expuesto por la menor, cuando ingresó en la vivienda, el sentenciado ya estaba viendo televisión, de forma que no hay certeza de que la exposición de la escena tuviese como propósito incitar la realización de prácticas sexuales, duda que debe ser resuelta en favor del procesado mediante la declaratoria de absolución, con mayor razón cuando no es posible castigar con pena las intenciones lascivas del procesado, en tanto que no trascendieron de forma efectiva la tipicidad de la conducta.

3. El Fiscal.

Pide no casar el fallo porque la prueba acopiada en el proceso, no discutida en el cargo, demuestra que BERMÚDEZ FERNÁNDEZ sí incurrió en conducta punible, toda vez que preparó el camino para la comisión de actos sexuales abusivos con la menor DPAR, a quien hizo ir hasta su casa con engaños, cuando estaba solo, empezó a exhibirle una película pornográfica, le ofreció una dádiva, e intentó besarla en la boca, sólo que ella logró salir de esa encrucijada alejándose del sitio.

Sugiere a la Sala, sin embargo, que case de oficio y de manera parcial el fallo en el sentido de declarar que el sentenciado incurrió en el delito de tentativa de actos sexuales con menor de 14 años, pues el único verbo rector imputado fue el de inducir a la menor a prácticas sexuales, puesto que para la fiscalía y los jueces el propósito de ese comportamiento fue enseñarle maneras, modos o usos de la actividad sexual.

Y aunque la exhibición del material pornográfico podría ser idóneo para inducir a un adolescente a prácticas sexuales, le correspondía a la Fiscalía demostrar que BERMÚDEZ

FERNÁNDEZ sí indujo a DPAR a realizar o tolerar comportamientos de esa naturaleza, para que se pudiera hablar de la adecuación completa de esa conducta, dado que esa conclusión -delito consumado- no se puede dar por supuesta o presumir. Por el contrario, es necesario verificar probatoriamente la idoneidad del medio y los efectos precisos en el caso específico antes de determinar si se trató de un delito completo de actos sexuales abusivos por inducción.

Entiende que la inducción a prácticas sexuales se cumple con la mera conducta que despliega el sujeto activo hacia el menor de 14 años, pues el tipo no exige que el afectado realmente aprenda o ejecute acciones eróticas. Empero, es deber de la administración de justicia acreditar la idoneidad del medio para inducir, no en abstracto ni genéricamente, sino en las circunstancias concretas del caso que se analiza, por ejemplo, por la edad, cultura, educación, medio usado, etc. De lo contrario podría incurrirse en eventos de responsabilidad objetiva, presunciones indebidas, conjeturas y especulaciones.

Por ello, si el cometido del sentenciado al mostrarle imágenes de connotación sexual a DPAR era estimularla a prácticas sexuales, ningún medio de prueba demostró que ese hecho fuera suficiente para consumir el delito en la modalidad de inducción, pues, por ejemplo, no se obtuvo la explicación de la víctima sobre cómo interpretó las imágenes o si incidieron en su comprensión de la sexualidad, ni se auscultó con sus familiares y/o profesores sobre eventuales cambios conductuales de la menor. La sola descripción de la víctima sobre lo que vio no necesariamente comprueba la eficacia de la película para la inducción en prácticas sexuales.

De otra parte, teniendo en cuenta que las acciones son finales y tienen un propósito, considera que BERMÚDEZ FERNÁNDEZ no quería inducir a DPAR a actividades sexuales porque sí o solo para adiestrarla en el sexo, sino para realizar actos sexuales con ella o sobre ella, aspecto al que las instancias no dieron mayor relevancia.

Con todo, en medio de la exhibición de la película erótica, el sentenciado trató de besar a la adolescente para lo cual la tomó de sus manos con fuerza, pero ésta pudo escapar. De esta manera, creó el ambiente propicio para descargar sus apetencias libidinosas, de manera que inició las acciones necesarias para ejecutar a través de medios idóneos los actos sexuales abusivos que quería concretar, pero que fueron repelidos por la joven. En consecuencia, considera que el delito quedó en grado de tentativa y debe condenarse en ese grado de responsabilidad, pues BERMÚDEZ FERNÁNDEZ i) no realizó actos sexuales diversos al acceso carnal con la menor DPAR, ii) tampoco realizó esta clase de actos en presencia suya, iii) no logró inducir a la víctima a prácticas sexuales y, iv) no realizó las conductas descritas por medios virtuales o utilizando redes globales de información.

4. El apoderado de víctimas.

Pide que la sentencia sea confirmada, pues se probó más allá de toda duda la comisión de la conducta punible y la autoría del procesado WILSON ALBEIRO BERMÚDEZ FERNÁNDEZ en disfavor de los derechos y garantías de la víctima y el hecho de que un magistrado haya salvado el voto, no implica menoscabo del principio de tipicidad o de la estructura de la conducta punible.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La defensa atribuye a la sentencia la violación directa de la ley sustancial derivada de la indebida aplicación del artículo 209 del Código Penal y, la consecuente omisión de los artículos 29 Superior, 9 al 12 del Código Penal y 7º del Código de Procedimiento Penal porque la exhibición de una película pornográfica a una menor de 14 años no configura conducta delictiva, dada la insuficiencia de ese acto para inducir a la práctica sexual y vulnerar el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, razonamiento que comparte el delegado del Ministerio Público.

El Fiscal delegado ante esta Corporación considera, por su parte, que la proyección de la

película erótica fue sólo un paso para concretar con la menor, o sobre ella, actos sexuales, por manera que se configura el delito atribuido a WILSON BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, pero en la modalidad de «realizar» y no en la de «inducir» por la que fue sancionado. Además, dado que la joven evadió rápidamente la agresión, el hecho punible se debe atribuir bajo la figura de la tentativa.

2. Pues bien, la violación directa de la ley aducida por el demandante se configura cuando a partir de la apreciación de los hechos legal y oportunamente acreditados dentro del diligenciamiento, los falladores 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 errónea 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—.

Sin importar la especie de quebranto directo de la preceptiva sustancial, el yerro de los juzgadores recae sobre la normativa, circunstancia que ubica el debate en un ámbito estrictamente jurídico que comporta la aceptación por parte del censor de la realidad fáctica declarada en las instancias. Por ello, resulta equivocada la apreciación del Ministerio Público orientada a cuestionar que en realidad se haya exhibido una película pornográfica a la menor DPAR, pues ese suceso fue demostrado en el debate público y no fue cuestionado por el demandante, quien, en armonía con el cargo seleccionado, acepta los hechos tal como fueron declarados en la sentencia.

3. Advierte la Sala que, contrario a lo sostenido por el demandante y el Ministerio Público, la condena proferida por las instancias no se fundó exclusivamente en la exhibición del video de contenido erótico por parte del sentenciado a DPAR, niña menor de catorce años, sino en el análisis de todos los comportamientos desplegados por el sentenciado para lograr que la menor ingresara a su residencia, conversara con él sobre temas sexuales, observara las escenas pornográficas, luego de lo cual intentó besarla a la fuerza, comportamientos que,

sin duda, develan su intención de incitar a la menor a iniciarse, con él, en las prácticas sexuales.

En efecto, de acuerdo con lo probado en el proceso, en horas de la tarde del 13 de marzo de 2018, WILSON ALBEIRO BERMÚDEZ FERNÁNDEZ, le pidió a su vecina DPAR, de 13 años, que ingresara a su lugar de habitación, cuando se encontraba solo en la casa, para ayudarle a operar un celular. Cuando la menor ingresó, le preguntó si ella tenía celular y ante la respuesta negativa, prometió regalarle uno de los que tenía en su poder. Enseguida, le preguntó si ya había tenido relaciones sexuales y a la par le exhibió una película pornográfica. Como la niña se asustó y quiso salir del lugar, la tomó a la fuerza de las manos para besarla en la boca, pero la menor logró escabullirse y salir corriendo hasta su casa, a la que llegó llorando. Al enterarse de lo sucedido, sus familiares llamaron inmediatamente a la policía.

Como se ve, no sólo se trató de la presentación aislada de un video, como aduce el demandante, sino de una serie de actos orientados a inducir a la joven a realizar prácticas sexuales. Por ello, BERMÚDEZ FERNÁNDEZ le preguntó a DPAR si ya había tenido contactos íntimos, le proyectó una película pornográfica e intentó besar su boca.

4. Acorde con la descripción típica del artículo 209 de Código Penal, incurre en el delito de actos sexuales con menor de catorce años:

a. Quien realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años,

b. Quien realice actos de connotación sexual en su presencia y,

c. Quien la induzca a la realización de prácticas sexuales.

La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito, la segunda modalidad implica que sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan y la última hipótesis requiere que se le instigue o persuada para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido.

De acuerdo con la definición gramatical de la palabra, inducir significa mover a alguien a algo o darle motivo para ello, provocar o causar algo¹. Siendo ello así, inducir a prácticas sexuales implica desplegar comportamientos orientados a provocar que un menor de catorce años realice algún tipo de actividad de connotación erótica.

En ese contexto, crear una ocasión para estar a solas con una niña menor de catorce años, mostrarle una película con escenas de sexo explícito, preguntarle sugestivamente sobre su intimidad sexual, así como invadir su esfera corporal -intentar darle un beso-, constituyen actos idóneos de inducción a la realización de prácticas sexuales.

Comportamiento que evidentemente vulnera el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual de DPAR porque se vio compelida a afrontar una situación para la que no estaba preparada. De ahí que se asustara al observar las imágenes obscenas, saliera corriendo del lugar y rompiera en llanto al llegar a su casa.

No se trata sólo de un acto contrario a las buenas costumbres o censurable desde el punto de vista moral, como aducen el demandante y el delegado del Ministerio Público, sino de un verdadero comportamiento delictivo que vulneró la libre formación sexual de la menor al pretender despertar precozmente su interés en las actividades sexuales mediante la exposición a imágenes, conversaciones y actos impropios para su edad.

5. El delegado de la Fiscalía solicita casar parcial y oficiosamente el fallo para mantener la condena, no por la modalidad delictiva <<inducir>> sino por <<realizar>> actos sexuales diversos al acceso carnal con menor de catorce años, en grado de tentativa, bajo el argumento de que el objetivo último del sentenciado era realizar actos sexuales con ella o sobre ella y no adiestrarla sobre el sexo.

Pues bien, como quedó reseñado en el acápite anterior, los actos desplegados por WILSON BERMÚDEZ FERNÁNDEZ se identifican con la descripción típica del artículo 209 del Código Penal en la modalidad inducir porque se involucró abusivamente en la esfera personal e íntima de DPAR con el objetivo de iniciarla en actividades de orden sexual.

En ese contexto, no era necesario probar, como sugiere el delegado de la Fiscalía, los efectos pos delictuales de esos comportamientos en la víctima, esto es, cómo interpretó las imágenes que vio y si incidieron en su comprensión de la sexualidad, pues lo claro es que fue expuesta a situaciones orientadas a que iniciara su actividad sexual.

Y aunque es posible, como aduce el fiscal, que el objetivo final del sentenciado fuese realizar actos sexuales con la menor, lo cierto es que sólo se probó la inducción a dichas actividades.

Lo anterior porque en los tipos penales de resultado la consumación del delito se produce con el efecto lesivo descrito en el tipo, por ejemplo, la muerte, el apoderamiento de la cosa mueble ajena, etc, el cual normalmente coincide con el fin perseguido por el autor. Por su parte, en los tipos de peligro, el legislador anticipa la consumación a un momento anterior, como cuando sanciona el porte de armas sin permiso de autoridad competente, para prevenir múltiples afectaciones a los bienes jurídicos de las personas. En este evento, el hecho punible es un medio utilizado por el autor para ulteriores propósitos, por ejemplo, hurtar, matar, secuestrar, etc, por manera que el delito se consuma cuando concurren todos los elementos descritos en el respectivo tipo, con independencia del fin último perseguido

por el sujeto activo.

Respecto del hecho punible tipificado en el artículo 209 del Código Penal, el legislador estableció que lo comete quien realice actos sexuales diferentes al acceso carnal con persona menor de catorce años, o en su presencia, o la induzca a ese tipo de prácticas, actividades que normalmente preceden a la cópula sexual violenta o abusiva, entre otros delitos, sancionados en otros tipos penales.

Siendo ello así, aunque es factible que con sus acciones BERMÚDEZ FERNÁNDEZ persiguiera realizar actividades sexuales más gravosas para la menor, lo cierto es que sólo alcanzó a materializar los elementos típicos del artículo 209, en la modalidad inducir y, por ello, resulta acertada la decisión de condena adoptada por las instancias.

No se trata, como aduce el delegado de la Fiscalía, de una tentativa de actos sexuales con menor de catorce años porque el sentenciado realizó todos los elementos del tipo al inducir a una persona menor de catorce años a la ejecución de actividades sexuales. Ello, además, porque tratándose de esta clase de delitos la responsabilidad no se estructura en la finalidad última perseguida por el autor sino en la actividad desplegada y probada en el juicio. Lo contrario implicaría, siguiendo el razonamiento propuesto por el fiscal, que siempre que no se agote el fin pretendido por el sujeto activo, se configuraría la tentativa de acceso carnal violento o abusivo porque generalmente la finalidad última de los agresores sexuales es lograr la cópula con la víctima.

En suma, la conclusión fijada por el Tribunal ha de confirmarse porque el comportamiento desplegado por WILSON ALBEIRO BERMÚDEZ FERNÁNDEZ tipifica el delito de actos sexuales con menor de catorce que le fuera atribuido por la Fiscalía. Consecuentemente, no se configura la violación directa de la ley, por indebida aplicación del artículo 209 del Código Penal, aducida en la demanda.

Por 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:

NO CASAR la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 23 de octubre de 2019 contra WILSON ALBEIRO BERMÚDEZ FERNÁNDEZ.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GERSON CHAVERRA CASTRO

FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Definición tomada del Diccionario de la Real Academia Española.