

Magistrado Ponente

AP2691-2023

Radicación N° 58240

Aprobado acta N° 167

Bogotá, D.C., seis (6) de septiembre dos mil veintitrés (2023).

I. VISTOS

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada a favor del acusado LUIS HERNÁN ORTIZ ATUESTA contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Tribunal Superior de Medellín, confirmatoria de la decisión de condena que le fue impuesta como autor de tres demandas de explotación sexual comercial -dos de estas agravadas-, acceso carnal abusivo con menor de catorce años en concurso homogéneo sucesivo y actos sexuales con menor de catorce años igualmente en concurso homogéneo.

II. ANTECEDENTES

2.1. Fácticos

Los hechos declarados probados por el Tribunal objeto de la condena son los siguientes:

LUIS HERNÁN ORTIZ ATUESTA le pagaba a EPAP -de 14 años- para sostener relaciones sexuales con ésta, lo que ciertamente ocurrió varias veces entre los meses de junio y julio de 2018, y para que le consiguiera otras niñas con el fin de someterlas a prácticas sexuales con la oferta de que el pago era mayor si eran “vírgenes”.

Producto de la gestión de la mencionada joven, en el mismo periodo aquél ingresó niñas a su apartamento -ubicado en la calle 30 N° 71-48 del barrio Rosales de Medellín-, entre quienes se cuenta a SBJ y a SAR, ambas de 11 años, a las cuales le realizó prácticas libidinosas a cambio de dinero.

Concretamente, perpetró accesos carnales por vía vaginal, con SBJ mínimo en tres ocasiones y con SAR en dos oportunidades; y por lo menos dos “actos sexuales”, uno con cada una de las niñas.

A estas también les solicitó que consiguieran otras menores para los mismos fines.

2.2. Procesales

Surtida la fase de investigación formal, el ente acusador presentó escrito de cargos el 11 de junio de 2019⁵ y formuló la acusación oral en audiencia adelantada el 26 de los mismos meses y año ante el Juzgado Catorce Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Medellín, para cuyo efecto mantuvo la descripción fáctica y calificación jurídica comunicadas en la diligencia de imputación.

La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 12 de agosto de 2019. El juicio tuvo lugar en sesiones adelantadas los días 2 y 3 de septiembre, 1° de octubre y 6 de noviembre del mismo año; día este último en el cual la juez emitió el sentido del fallo -absolutorio por los cargos de suministro a menor y pornografía con menor de dieciocho años- condenatorio por los concursos homogéneos y heterogéneos señalados en la acusación respecto de las conductas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, actos sexuales ídem y demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años (por EPAP) y agravada en relación con las menores SBJ y SAR.

En la sentencia de la misma fecha, el procesado fue condenado por las conductas antes mencionadas a la pena principal de 22 años de prisión, sin beneficio de la suspensión

condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, y a la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por lapso de 20 años.

La defensa promovió recurso de apelación; sin embargo, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín resolvió confirmar la decisión condenatoria el 12 de marzo de 2020.

Dentro del término legal el procesado interpuso recurso extraordinario de casación y su apoderado allegó la respectiva demanda, para cuyo examen y resolución la carpeta fue remitida por el Tribunal a la Corte Suprema de Justicia.

III. SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El defensor propone 3 cargos basado en la causal 1ª del artículo 181 del Código de Procedimiento Penal:

3.1. Acusa la sentencia de estar incurso en aplicación indebida de la norma contentiva del delito de demanda sexual comercial de persona menor de dieciocho años, agravada por cometerse sobre persona menor de catorce años (artículos 217A del Código Penal, parágrafo numeral 4)6.

Argumenta que la sentencia de primer grado, no desvirtuada por el Tribunal, dice respecto del testimonio de una de las menores: “yo iba donde él, me acostaba con él y él me pagaba y después él me dijo que si no tenía alguna amiguita pa’ que se la presentara y yo le dije que iba a ver”.

De lo anterior se puede observar cómo la respuesta dada por la menor indica que ella no tenía a la “amiguita” y que simplemente iba a explorar si pudiera haber alguna. Por tanto, como se ve, en el fondo el procesado realmente aspiraba sólo a que le presentara una amiga, nada más, y la joven terminó contestando que no tenía. Cualquier afirmación adicional es conjetura o imaginación del juzgador.

Precisa que con el término “amiguita” no se refirió a persona concreta menor de 18 ni de 14 años; pues ese vocablo constituye el diminutivo de amiga, que solo implica amistad, lo que a su vez significa “afecto personal puro y desinteresado, ordinariamente recíproco, que nace y se fortalece con el trato”.

Sin embargo, la sentencia supone que “la consecución de ‘amiguitas’ (o ‘jovencitas’ como lo interpreta el defensor), (...) alude a un segmento de edad que se hallaba, por lo menos, en la zona de lo prohibido y lo permitido”, cuando realmente no se trataba de conseguir “amiguitas”, sino que le presentara una, si la tenía. Además, la franja de edad fue imaginaria, hasta ubicarla “en la zona de lo prohibido y lo permitido”.

Ni siquiera es dable predicar que hubo solicitud o demanda para “realizar acceso carnal o actos sexuales”, pues las inferencias, por más sugestivas que parezcan, no necesariamente comportan deducciones irrefutables. En todo caso, tampoco se puede conjeturar, sin más, que el procesado con aquella insinuación estuviera de una vez solicitando o demandando la presencia de la amiga por la que preguntaba, pues, insiste, sólo estaba inquirendo si la tenía.

No por lo que ocurrió posteriormente (actos carnales con las menores de catorce años que condujo EPAP) se desprende que hubiese habido solicitud o demanda concreta de las menores para realizar accesos carnales o actos sexuales con ellas.

Entonces, la sentencia dio por sentado un delito que no existió probatoriamente hablando, lo que implicó la aplicación indebida del tipo penal atrás mencionado.

3.2. De otra parte, se queja de la aplicación indebida de la norma “relativa al concurso real heterogéneo de delitos y consiguiente aplicación de otras normas”, por cuanto la sentencia no relacionó discriminada o separadamente las conductas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y de actos sexuales ídem; de allí que no haya señalado cuándo se consumaron las primeras y cuándo las segundas. Las consideró conjuntamente porque los

actos sexuales podían estar involucrados materialmente como “abrebocas” o complementos de los accesos carnales.

Propone que en el presente caso operó el principio de consunción propio del concurso aparente, según el cual el juicio de desvalor de una conducta punible ya está comprendido en el juicio de desvalor de otra, que es aplicable debido a su mayor riqueza descriptiva.

3.3. Finalmente, acusa la sentencia de aplicación indebida de las normas contentivas de los delitos de acceso y actos sexuales abusivos con menor de catorce años respecto de la menor EPAP.

Explica que la sentencia, en el acápite de los “antecedentes”, refiere conductas del procesado en relación con EPAP, en el sentido de que “tuvo 3 relaciones sexuales”. La fiscal tipificó las conductas de acceso carnal y actos sexuales con menor de catorce años (artículo 208 y 209 del código penal), pero, lógicamente, ninguno de estos delitos se configuró en relación con la menor mencionada, por cuanto para junio y julio de 2018 tenía 14 años.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

La Sala es competente para resolver este asunto de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 270 de 1996 (artículos 11 -parágrafo 1- y 16 -inciso 2-) y 906 de 2004 (artículos 32-1 y 184).

4.2. Presupuestos para la admisibilidad de la demanda

4.2.1. El artículo 180 de la Ley 906 de 2004 señala que el recurso de casación fue instituido para la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías fundamentales de los

intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a estos y la unificación de la jurisprudencia.

Es por eso por lo que la admisión de este mecanismo extraordinario de impugnación supone, además de la oportuna interposición del recurso, la debida presentación de la demanda, en la que el censor está obligado a consignar de manera precisa y concisa las causales invocadas y sus fundamentos (artículo 183 del Código de Procedimiento Penal de 2004).

Al demandante entonces le corresponde acreditar la afectación de derechos fundamentales y justificar la necesidad del fallo de casación de cara al cumplimiento de alguno de los fines atrás mencionados, lo cual no se consigue de cualquier manera; pues, acorde con el artículo 184 inciso 2° ídem, no será admitida la demanda cuando (i) el impugnante carezca de interés, (ii) prescinda de señalar la causal o (iii) no desarrolle adecuadamente la sustentación de los cargos. Tampoco (iv) si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

Por consiguiente, en ausencia de alguno de dichos elementos, la Corte habrá de abstenerse motivadamente de seleccionar la demanda.

La casación no está concebida para prolongar el debate fáctico o jurídico culminado en las instancias, tampoco para persistir en todos aquellos aspectos que fueron objeto de controversia, con miras a obtener un pronunciamiento distinto y favorable a los intereses del impugnante.

Esto debido precisamente a la naturaleza extraordinaria del recurso, característica fundada en las presunciones de acierto y legalidad inherentes a los fallos de instancia, a partir de las cuales se asigna al censor la carga de acreditar que con la sentencia se causó un agravio, apoyándose para ello en las causales taxativamente consagradas en la ley, conforme con los principios de lógica y debida sustentación.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la facultad oficiosa de la Corte para superar los defectos formales de la demanda y decidir de fondo, con el propósito de satisfacer los fines de la casación antes indicados, incluidas las garantías fundamentales de impugnación del primer fallo condenatorio y doble conformidad.

4.2.2. En punto de la causal primera de procedencia de la casación, prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, la Corte (CSJ AP, 4 May. 2006, Rad. 25250) tiene precisado que la falta de aplicación, interpretación errónea, o aplicación indebida de una norma constitucional, del bloque de constitucionalidad, o legal, llamada a regular el caso, recoge los supuestos de la que se ha llamado a lo largo de la doctrina de esta Corporación como violación directa de la ley material.

Este quebrantamiento consiste en que la proposición normativa sustancial -o premisa mayor- fijada por el juez en la sentencia es equivocada, bien integralmente o en su antecedente -supuesto de hecho- o en el consecuente -consecuencia jurídica-, y para su demostración debe permanecer incuestionada la proposición fáctica del fallo -la premisa menor-, pues si esta se pone en discusión, no tiene sentido, ni es lógicamente posible determinar si hubo violación directa, toda vez que sólo a partir de la existencia cierta de un referente fáctico inamovible puede seleccionarse o proponerse sin ambages el derecho aplicable al caso. En este orden de ideas, si el demandante no satisface esa condición, su argumento inexorablemente será ambiguo e incomprensible.

La falta de aplicación ocurre cuando el juez no emplea la norma que regula el caso concreto porque ignora, desconoce o desatiende decididamente el texto jurídico que la contiene. En la aplicación indebida el fallador se equivoca en la proposición jurídica por cuanto selecciona algún texto normativo que no estaba llamado a gobernar el asunto. La interpretación errónea se configura si, escogido correctamente el enunciado de la Ley, el juzgador le asigna algún sentido o significado que no le corresponde.

4.3. Fijados los presupuestos de admisión de la demanda, pasa la Corte a verificar su satisfacción

4.3.1. En el primer cargo el libelista señala la sentencia de estar incurso en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida de la norma contentiva del tipo de demanda sexual comercial de persona menor de dieciocho años, agravada por haberse cometido sobre persona menor de catorce años (artículos 217A del Código Penal, párrafo numeral 4), toda vez que, conforme con lo declarado en la sentencia, el procesado solo le preguntó a una de las menores: que si tenía “alguna amiguita” que le presentara; frente a lo cual ésta respondió que “iba a ver”. Por tanto, la respuesta fue negativa y, por lo mismo, es especulativo afirmar que hubo solicitud o demanda para “realizar acceso carnal o actos sexuales” con menor de 18 o de 14 años.

Pese a que el demandante propone el cargo por violación directa de la ley sustancial, en lugar de ofrecer argumentos dirigidos a sustentarlo, se dispuso a manifestar su inconformidad con la declaración fáctica de la sentencia; lo cual, como viene de verse en el numeral 4.2.2., nada informa sobre el yerro postulado.

El cuestionamiento el censor parece dirigirlo contra lo que, en su sentir, la sentencia infiere a partir de la declaración de una de las menores; sin embargo, para su demostración tenía la carga de desarrollar su inconformidad por la senda del error de hecho por falso raciocinio, el cual se configura cuando el Tribunal examina la prueba en su integridad, pero al valorarla -asignarle un peso específico o mérito- o al hacer inferencias fácticas a partir de las proposiciones fijadas directamente de la observación del medio probatorio, desconoce los postulados de la sana crítica, es decir, una concreta ley científica, un principio lógico o una máxima de la experiencia.

En el presente asunto, si bien el demandante expone lo que señala uno de los testimonios (premisa menor) y la conclusión que dice, arribó el juzgador, no indica cual es el parámetro

de valoración por este acogido (premisa mayor), ni mucho menos por qué el mismo es violatorio de alguno de los criterios que integran la sana crítica. Tampoco realiza algún esfuerzo argumentativo dirigido a demostrar cómo, de acreditarse el yerro, la decisión no se sostiene con los demás componentes probatorios de la sentencia.

No obstante, cabe precisar que la premisa fáctica que estructuró el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años agravada, se sustentó, no solo en el fragmento de la declaración -de una de las menores- expuesto en la demanda, en el sentido de que el procesado pidió le presentara alguna “amiguita”, sino también en el hecho de que finalmente la joven EPAP, siguiendo la instrucción de LUIS HERNÁN ORTIZ ATUESTA, le propuso a dos menores de catorce años que accedieran a frecuentarlo con fines sexuales a cambio de dinero, lo que en efecto tuvo ocurrencia en varias oportunidades con su coordinación logística y disposición, como se pasa a demostrar.

Dice la sentencia del Tribunal:

En nuestro caso la menor EPAP declaró haber recibido el encargo del acusado para la consecución de amiguitas con fines sexuales, efecto del cual se contactó y convenció a las niñas de 11 años (...) SBJ y SAR.

(...).

EPAP declaró: (i) que el acusado le encomendó la tarea de buscarle amiguitas; (ii) que para esta labor le daba plata para llevarlas a su apartamento; (iii) se acercó primero a SAR y luego a SBJ y además las convenció de acudir a cambio de dinero; (iv) para cada una de esas conexiones el acusado fue llamado y suministró la autorización y logística para el traslado y (v) coherente con la conexión de estos hechos pagó por los servicios sexuales.

Al respecto, las menores declararon lo siguiente: SAR señaló que la intermediaria, su amiga

EPAP, le estuvo hablando sobre un señor que daba dinero a cambio de relaciones sexuales, que él les podía brindar muchas cosas, que le empezó a “lavar el cerebro” y si bien primero dijo que no, luego accedió. SBJ indicó que cuando se hallaba con su amiguita SAR llegó EPAP, se habló de ir a donde el señor, accedió y ésta llamó informando al acusado que se trataba de “una virgen”.

La conclusión no admite sinuosidades: el acusado como cliente y dueño del operativo que se iba a adelantar encargó a la menor EPAP la consecución de menores para fines sexuales utilizando como medio el ofrecimiento económico para persuadir a otras niñas. Es una relación de cliente a intermediaria donde el primero por su edad, poder económico y condición de abusador ostenta una posición de dominante. La selección de la intermediaria no fue fortuita: contactaba a sus amiguitas (expresión que alude a jovencitas de su misma zona de edad), entraba a sus casas, no generaba suspicacias para las mamás, el operativo de traslado se movía en el ambiente educativo y tenía línea directa con su cliente. (...).

Estas dos condiciones, ejercicio de poder y duración de los contactos, ratifican la demostración del delito.

En síntesis, el cargo carece de la corrección material y argumentación suficiente para aspirar a obtener un fallo de fondo en casación, pues ni siquiera atina a confrontar la estructura probatoria en la que realmente se apoya la decisión.

4.3.2. Se queja el demandante de la aplicación indebida de la norma “relativa al concurso real heterogéneo de delitos y consiguiente aplicación de otras normas”. Propone que en el presente caso operó el principio de consunción del concurso aparente, por cuanto los actos sexuales abusivos objeto de condena ya están comprendidos en los delitos de acceso carnal ídem en cuanto aquellos fueron el “abrebocas” para la consecución de estos.

Además de que no se advierte unidad temática entre lo debatido por la defensa ante el Tribunal y lo expuesto en la demanda, el libelista postula violación directa de la ley

sustancial por estructurarse concurso aparente, pero sin siquiera precisar los hechos declarados en las sentencias por los que el Tribunal consideró configurados los delitos de “actos sexuales con menor de catorce años” en concurso homogéneo.

La demanda parte de suponer, sin demostrarlo, que los actos sexuales por los cuales se le impuso condena corresponden a los tocamientos inherentes al hecho de llevar a cabo las conductas de acceso carnal por las que también fue sentenciado.

A pesar de la deficiencia argumentativa puesta de presente, se impondría la admisión oficiosa del reproche si no fuera porque la realidad declarada en las sentencias es diferente a la que sugiere la censura.

En relación con las conductas de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, el Tribunal las precisó de la siguiente manera:

(...) SAR y SBJ narraron con claridad el padecimiento por el acusado de accesos carnales con el detalle que fue en la cavidad vaginal y con el pene. La primera afirmó que acaeció en dos ocasiones y la segunda en cerca de diez, según que al albur aproximó, pese a que en la acusación la fiscal los limitó a tres episodios.

Y respecto de los actos sexuales abusivos con menor de catorce años, la misma sentencia señala lo siguiente:

En este primer nivel de verificación respecto de las tipicidades objetivas en la acusación, la fiscal atribuyó sendos actos sexuales abusivos, que en el detalle de la formulación fueron por lo menos dos, uno por cada una de las niñas. Empero, en el tenor de los testimonios de las menores en el juicio, todos fueron accesos carnales y en relación con SBJ acaecieron en un número muy superior. De estas incongruencias entre la acusación y lo probado no se sigue su corrección por la prohibición de la reforma peyorativa, que obliga a conservar la menor calificación y el número menor de episodios en cuanto a la niña antes referida.

Como puede observarse, la sentencia no declaró que los actos sexuales abusivos en los que incurrió el procesado correspondieran a los naturales tocamientos previos a la consumación de las conductas de acceso carnal abusivo atrás referidas, sino a otros comportamientos del procesado que, de acuerdo con lo probado, también resultaron constitutivos de acceso carnal con menor de catorce años, los cuales fueron equivocadamente imputados como actos y cuya calificación y número de comportamientos el Tribunal mantuvo sin corregir en beneficio del procesado, en salvaguarda del debido proceso en punto de la congruencia jurídica entre la sentencia y la acusación y la prohibición de la reforma peyorativa.

En consecuencia, teniendo en cuenta que la precitada realidad declarada en la sentencia no fue considerada para la formulación del cargo por violación directa, la decisión que se impone necesaria es su inadmisión.

4.3.3. En el tercer cargo, el demandante, basado en el acápite de “antecedentes” de la sentencia, que relata tres encuentros sexuales entre el acusado y EPAP, propone la aplicación indebida de normas contentivas de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales ídem (artículos 208 y 209 del código penal) respecto de la mencionada joven, por cuanto ya era mayor de catorce años para el lapso en el que se indicó la ocurrencia de los presuntos hechos; por tanto ninguna de estas conductas podía estructurarse respecto de ella.

El demandante nuevamente, para la formulación del reproche, decididamente ignora la estructura fáctica del fallo. Ingenuamente acude a las descripciones del capítulo de “antecedentes” de la sentencia, cuyo contenido fue tomado por el Tribunal de “la acusación”, la cual ciertamente hizo referencia a encuentros sexuales del acusado tanto con SAR y SBJ de 11 años, como con EPAP de 14 años para el momento de los hechos.

Sin embargo, de lo anterior no se sigue que la condena impuesta al acusado por los delitos

de acceso y actos sexuales abusivos con menor de catorce años (artículos 208 y 209 del Código penal) hubiese cobijado los encuentros sexuales que sostuvo con la última de las mencionadas.

Como viene de demostrarse con los apartes de la sentencia transcritos en el numeral anterior, los hechos objeto de la condena constitutivos de acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos hicieron referencia a conductas por éste perpetradas, no con EPAP, sino exclusivamente con las menores SAR y SBJ, quienes, se reitera, tenían 11 años para la época de los sucesos.

En resumen, lo afirmado en los tres cargos sobre la decisión recurrida, no se ajusta a lo que objetivamente la actuación revela.

Con esa manera de “sustentar”, el libelista desconoce tanto la naturaleza del recurso de casación como los reales fundamentos del fallo impugnado y pretende que la Sala convalide su lectura subjetiva o reexamine todas las cuestiones que menciona, sin asumir la carga de demostrar la existencia cierta de algún error determinante en la providencia, en detrimento de las presunciones de acierto y legalidad que la cobijan.

Pasa por alto que en sede de casación se está obligado a desvirtuar las mencionadas presunciones, lo cual impone el deber, entre otros, de desarrollar un ejercicio de deconstrucción objetiva de los fundamentos de la sentencia.

De manera que los reproches examinados carecen de la autonomía, claridad, coherencia, objetividad y desarrollo necesarios para ser resueltos de fondo en casación.

Además, la Sala no advierte la presencia de supuestos justificantes para superar los defectos del libelo, ni para emitir un pronunciamiento oficioso de conformidad con el art. 184 inciso 3º del Código de Procedimiento Penal de 2004.

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

RESUELVE

Primero. – INADMITIR los cargos de la demanda.

Segundo. – ADVERTIR que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 184 inciso 2º de la Ley 906 de 2004, contra la decisión del párrafo anterior procede el mecanismo de insistencia, con atención de las reglas definidas jurisprudencialmente por la Sala.

Notifíquese y cúmplase.

HUGO QUINTERO BERNATE

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNAN DÍAZ SOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Artículo 208 del Código Penal.

2 Artículo 209 ídem.

3 Artículo 217A: “El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”

4 Ibidem Parágrafo, numeral 4: Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad.

5 Folio 8 del cuaderno de primera instancia.

6 “El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.

“Parágrafo. El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

“La pena se agravará de una tercera parte a la mitad: (...) 4. Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad”.

7 Precisamente por provenir directamente de la prueba.

8 Ver entre otras providencias CSJ AP, 26 Mar. 2009, Rad. 30787

9 Ibidem.