

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

SP300-2023

Acta No. 147

Bogotá D. C., dos (02) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

La Sala examina, de oficio, si los fallos condenatorios dictados en contra de JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ, por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y actos sexuales con menor de catorce años, desconocieron sus garantías fundamentales.

HECHOS

La menor L.N.L.L. fue accedida carnalmente por la vagina en dos ocasiones, por JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ, compañero sentimental de su hermana mayor Lizeth Largo Bañol, en casa de su progenitora, donde todos residían, en Yumbo (Valle). De acuerdo con la declaración de la menor, la primera vez sucedió cuando tenía once años, luego de una discusión entre su hermana Lizeth y ACOSTA ORTIZ, cuando éste le propuso tener relaciones sexuales, a lo cual accedió. El segundo encuentro, a los doce años, en una ocasión en la que aquel llegó de trabajar y la encontró sola viendo televisión, “entonces tuvimos sexo”.

Los hechos ocurrieron entre los años 2016 y 2017, según surge de la fecha de nacimiento de L.N.L.L., esto es, el 9 de junio de 2006, conforme obra en su registro civil de nacimiento.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1. El 4 de enero de 2018, ante el Juzgado 29 Penal Municipal con función de control de garantías de Cali: i) se legalizó la captura dispuesta por orden judicial en contra de JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ, ii) se le formuló imputación por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años, ambos agravados (artículos 31, 208, 209 y 211, numeral 2 del Código Penal), cargos que no aceptó, y iii) por petición de la fiscalía, se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad consistente en detención preventiva.
2. Radicado escrito de acusación en su contra por dichas ilicitudes, correspondió al Juzgado 12 Penal del Circuito de Cali que, tras varios aplazamientos, celebró la audiencia de formulación de cargos el 6 de julio de 2018.
3. La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 9 de octubre siguiente. El juicio oral en sesiones del 15 de noviembre y 3 de diciembre de 2018; 26 de febrero, 11 de marzo y 8 de agosto de 2019. En esta última oportunidad, el estrado judicial en cita anunció sentido condenatorio del fallo, surtió el traslado del artículo 447 del C.P.P. y dio lectura a la sentencia.

El procesado fue condenado a la pena principal de prisión por doscientos doce (212) meses y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, como autor responsable de las conductas punibles de acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado y actos sexuales con menor de catorce años.

Este último, en la modalidad simple, por considerar que en virtud del principio de non bis in ídem, la causal de agravación del artículo 211-2 del C.P. solo podía atribuirse a uno de los delitos concursantes. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.²

4. Apelada esta decisión por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala Penal- la confirmó el 13 de noviembre de 2019, con algunas precisiones y aclaraciones.³

5. Frente a esta providencia, el defensor del procesado interpuso y sustentó oportunamente el recurso extraordinario de casación, siendo inadmitida la demanda por la Corte con auto del 8 de marzo de 2023.

En dicha decisión, se dispuso que las diligencias regresaran al despacho del Magistrado Ponente para verificar la legalidad de la condena por el concurso de delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y actos sexuales con menor de catorce años.

6. Agotado el trámite de insistencia, sin que la Procuraduría Delegada ante esta Corporación hubiese hecho uso de tal facultad con ocasión de la petición elevada en ese sentido por la defensa, se procede a resolver lo pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La casación, como mecanismo de control constitucional y legal de las decisiones judiciales, pretende la efectividad del derecho material, el respeto a las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios inferidos a ellos y la unificación de la jurisprudencia.

Dentro del catálogo de normas rectoras del sistema penal colombiano, se encuentra la que define la conducta punible, de acuerdo con la cual, para que una conducta sea penalmente sancionable, se requiere que sea típica, antijurídica y culpable.

Examinada la declaración rendida por la menor L.N.L.L., que sirvió de fundamento para delimitar los hechos objeto de la condena, se establece que la víctima solo informó de dos actos constitutivos de «acceso carnal abusivo con menor de catorce años»

No obstante, los fallos también condenaron a JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ por el delito de «actos sexuales con menor de 14 años», por estimar que el procesado en las dos oportunidades que la accedió, no solo la accedía, sino que también realizaba tocamientos libidinosos, siendo esta decisión la que motiva la intervención de la Corte, por resultar violatoria del principio de tipicidad, como pasa a verse.

2. El proceso de adecuación típica de toda conducta relevante para el derecho penal, debe guiarse por criterios normativos, que consulten los contenidos del dolo y la afectación del bien jurídico tutelado.

Asumir el juicio de tipicidad desde una aproximación puramente formal y naturalística, puede conducir al reconocimiento de un concurso aparente de tipos, figura que se presenta cuando un comportamiento humano encaja aparentemente en la descripción de más de un tipo penal, pero que jurídicamente solo corresponde a uno.

Con el fin de brindar solución a esta problemática, doctrina y jurisprudencia previenen acudir al análisis de los tipos penales en conflicto a partir de los principios de especialidad, consunción y subsidiariedad, con el fin de determinar cuál debe regular el caso:

«Según el primero, la comparación entre dos tipos penales uno de contenido genérico frente a otro caracterizador en forma más precisa, completa y enriquecida de la conducta, conduce a la escogencia de éste en lugar de aquél; a su vez, en el segundo evento la concreción de un supuesto de hecho más grave, consume o comprende la de otro de menor entidad y en el último prima el grado de afectación para el bien jurídico, en forma tal que la mayor progresión o intensidad determina la escogencia del tipo respectivo aplicable.

Supuesto predicable del concurso aparente de normas penales lo es la existencia de unidad de acción, la afectación de un único bien jurídico tutelado y la pluralidad de tipos excluyentes entre sí, de manera tal que la ausencia de uno de tales elementos conduce a predicar el concurso real y no el aparente» (Cfr. CSJ SP, 15 junio 2005, Rad. 21629, CSJ SP

20949-2017, Rad. 45273, CSJ SP 2545-2020, Rad. 52010).

3. El tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años sanciona la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vía vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano distinto del miembro viril, u de cualquier objeto, en persona que no haya alcanzado esa edad (artículos 208 y 212 del Código Penal).

Por su parte, el artículo 209 sanciona la realización de solo actos sexuales, diversos al acceso carnal, con menor de catorce años, o en su presencia, o la inducción a prácticas sexuales. Las diferencias de estas dos modalidades delictivas, ambas lesivas del bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales, han sido expuestas por la Corte así:

«[...] no cabe duda que un tocamiento de connotación sexual, por fuera de las vías vaginal, oral o anal, también puede significar [un] atentado contra [la] dignidad, intimidad e integridad sexual. El elemento diferenciador está, entonces, en el dolo del agente y también en el grado de afectación del bien jurídico, en el entendido de que el acto de penetración - con el pene, una parte del cuerpo o un objeto- de alguna de las cavidades mencionadas, debido a su idoneidad para ser utilizadas con propósitos sexuales, supone un franqueamiento o disrupción hacia un espacio anatómico que naturalmente se presenta más o menos oculto o cerrado, y cuyo traspaso o rebasamiento, por consiguiente, resulta altamente menoscabante de la esfera sexual de la víctima, y representa un mayor grado de agresión o daño al bien jurídico, que aquel que -teniendo también una connotación sexual- no acarrea una penetración, de allí su mayor punibilidad». (CSJ SP 3989-2017, Rad. 44441).

Entonces, al margen de las diferencias propias de la acción típica, marcadas por la existencia o no de acceso, que en esencia definen cada comportamiento típico, es también relevante a efectos de lograr una adecuada tipificación de la conducta, el menoscabo o

afectación que se genere al bien jurídico tutelado y el ánimo que acompaña al sujeto agente.

Esto, en atención a que ambas ilicitudes tienen como elemento en común que el sujeto activo busca obtener satisfacción sexual, involucrando una persona menor de catorce años, bien sea mediante el acceso carnal o mediante actos diversos de connotación erótica. Por tanto, dependiendo del contexto de cada caso en particular, será posible verificar la presencia o no de un concurso heterogéneo de conductas punibles.

Puede ocurrir que los actos de contenidos sexual, distintos del acceso, se presenten aisladamente, en escenarios temporo espaciales autónomos, o que se presenten de manera antecedente o concomitante al acceso, caso en el cual surge el interrogante de si se está en presencia o no de un concurso de delitos.

4. En este asunto, como ya se anticipó, los hechos jurídicamente relevantes por los que se condenó a JAIME DALBERTO COSTA ORTIZ se declararon probados a partir del testimonio de L.N.L.L., cuyos apartes esenciales se reseñaron en el fallo de primera instancia, de la siguiente manera:

«[...] la testigo narró que “la primera vez ocurrió un día que mi hermana estaba peleando con él -refiriéndose a JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ- y fue entonces cuando me dijo que lo acompañara a la casa por su ropa. Yo estaba esperando a que él empacara, entonces él se sentó al lado y me dijo que quería estar conmigo, que yo le gustaba, y entonces me dejó llevar y ahí tuvimos sexo. Esto también ocurrió en la casa de mi mamá. Estábamos solos. No recuerdo la fecha. Nadie pudo percatarse de lo que ocurría, yo tenía 11 años. Estaba con ropa, luego me la quité. Él también se quitaba la ropa y teníamos sexo”.

[...] Para mayor claridad, la menor explicó que “teníamos sexo” -refiriéndose a ella y el acusado-, me refiero a que yo me quitaba la ropa y él se quitaba la ropa y luego me penetraba, me metía el pene a la vagina”. Así mismo, en cuanto a los tocamientos

libidinosos, la víctima fue clara en decir que “la última vez me tocó las parte íntimas y me metió el pene en la vagina. Nadie se percató. No lo contaba porque no quería contarle a nadie” [...].

[...] De acuerdo con lo anterior, es claro para este despacho que JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ no solo realizaba tocamientos libidinosos a la menor L.N.L.L., sino que además sostenía relaciones sexuales por vía vaginal con ella, a pesar de tener pleno conocimiento que tenía una edad inferior a los 14 años [...]. Luego entonces, es indiferente para este despacho judicial que la menor víctima asegurara en juicio que los tocamientos y relaciones sexuales sostenidas con JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ fueron actos consentidos [...].

[...] Con todo, hay un aspecto que no quedó del todo claro para esta instancia judicial luego de escuchar a la menor víctima. Así, como vimos anteriormente, la menor L.N.L.L. dijo con dubitación que estos hechos “ocurrieron como 10 veces”, pero en realidad solo mencionó de manera clara y detallada dos (2) oportunidades donde existieron tocamientos y acceso carnal, y una tercera en la cual sostuvo que “no estaban haciendo nada malo” -lo cual implica que no pueda tenerse en cuenta este tercer evento a efectos de dosificar la pena del concurso de conductas punibles-. En tal virtud, mal podría este despacho darle total credibilidad a una mera afirmación dudosa de la menor víctima y, con fundamento solo en esto, condenar a JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ por un concurso homogéneo y sucesivo de diez (10) conductas punibles de la misma naturaleza [...]. Por lo tanto, la dosificación de la pena del concurso de conductas punibles que se atribuye a JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ solo tendrá en cuenta los dos (2) eventos de acceso carnal que se probaron en el juicio, amén de los dos (2) actos sexuales diversos del acceso carnal [...]».

Después, al dosificar la pena, luego de aludir a las razones por las cuales no aplicaría el mínimo de la sanción prevista en los artículos 208 y 211-2 del código Penal, señaló:

«[...] este despacho judicial impondrá al acusado JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ una

sanción penal equivalente a ciento noventa y seis (196) meses de prisión por la primera conducta de acceso carnal abusivo.

Empero, en la medida que nos encontramos frente a un concurso de conductas punibles, donde se probó que al menos en dos (2) oportunidades se accedió carnalmente a la menor y, otros dos actos sexuales abusivos, el despacho dará aplicación a lo dispuesto en el art. 31 del C.P.

Entonces, dado que cada evento involucró actos sexuales y acceso carnal por vía vaginal, podemos concluir que cada delito se repitió al menos en dos (2) ocasiones, lo cual significa que deberán contabilizarse cuatro (4) delitos en concurso -dos (2) conductas de actos sexuales y dos (2) de acceso carnal por vía vaginal-.

Por lo tanto, a la pena mencionada se añadirá otro tanto de dieciséis (16) meses de prisión, por razón de las otras tres (3) conductas delictivas, dejando un total de pena a imponer igual a doscientos doce (212) meses de prisión».4

5. El Tribunal, al desatar el recurso de apelación, transcribió la declaración de la menor, descartó las críticas efectuadas en la apelación en contra de su valoración y ratificó la condena proferida por el concurso homogéneo y heterogéneo de delitos sexuales.

En relación con el modo en que se ejecutaron las ilicitudes, es pertinente traer a colación los siguientes apartes del fallo de segundo grado, donde se alude a lo expuesto sobre el particular por la menor:

«[...] ¿Qué te hizo o sea qué hicieron [...] Pues tuvimos relaciones, pero él nunca me hizo nada [...] sexo pues, pero él nunca me hizo nada, nunca me obligó [...] ¿Alguien ha tocado tu cuerpo en forma que a ti no te gustó [...] No señora [...] ¿Y alguien ha tocado tu cuerpo? [...] Sí señora [...] JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ [...] ¿Cómo pasaron esos hechos? [...] Pues un día yo estaba en la casa de mi mamá estaba sola y él llegaba de trabajar y él tenía

las llaves, entonces yo estaba viendo televisión, entonces nosotros este no, entonces tuvimos sexo [...] ¿Cómo que este, tú me dices nosotros este? [...] Pues tuvimos sexo [...] Que edad tenías cuando pasó esto? [...] Doce [...] ¿Nos puedes contar cómo ocurrió la primera vez? [...] Un día mi hermana estaba peleando con él y él me dijo que lo acompañara a la casa a llevarse toda la ropa, entonces yo estaba esperando que él empacara, entonces yo le decía que si nos podíamos ir ya, entonces él se sentó al lado y me dijo que él quería estar conmigo, que gustaba de mí, entonces pues yo me dejé llevar por él y ahí tuvimos sexo [...] ¿Qué edad tenías cuando ocurrieron estos hechos por primera vez? [...] Once [...] ¿Qué pasaba con tu ropa en ese momento, estabas con ropa o sin ropa? [...] Con ropa [...] ¿Y luego qué pasó con la ropa? [...] Pues me la quité [...] ¿Y luego qué pasaba con la ropa del señor JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ? [...] Él se la quitaba y pues teníamos sexo [...] Tú dijiste que habías tenido sexo con el señor JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ, cuando tú dices sexo ¿a qué te refieres? [...] Pues a que nosotros teníamos sexo, no, que yo me quitaba la ropa, él se quitaba la ropa y que pues que él me penetraba, eso es lo que yo me refiero [...] ¿te penetraba qué? [...] pues él me metía el pene a la vagina [...] ¿Recuerdas cuántos años tenías la última vez? [...] Doce [...] ¿Nos puedes describir qué te hizo exactamente esa última vez en tu cuerpo? [...] Me tocó las partes íntimas y pues me metió el pene a la vagina, no me acuerdo nada más [...]».⁵

6. De este recuento se desprende con claridad que el juicio de reproche por el menoscabo de la libertad, integridad y formación sexual, se circunscribió a dos sucesos de acceso, a las que se añadieron los actos sexuales ejecutados en el mismo escenario fáctico. Bajo ese entendido, se dosificó la pena imponible, la cual fue ratificada por el tribunal.

Esta imputación jurídica, desconoce el principio de tipicidad, toda vez que los tocamientos previos y concomitantes a la cópula no configuran delitos autónomos, sino que están ligados inescindiblemente al acceso carnal objeto de sanción, con el que integran una unidad de acción.

Son situaciones que conectan entre sí por una necesaria relación antecedente consecuente, en la medida que para llegar al acceso carnal necesariamente se involucran tocamientos de naturaleza erótico sexual, antes y durante su realización.

Ambas conductas, se insiste, conforman una unidad de acción, en la que los actos sexuales con menor de catorce años adquieren la categoría de actos copenados. Esto hace que el comportamiento referido a los tocamientos de contenido sexual, se erija en un hecho acompañante del delito fin, en virtud del principio de consunción, cuya punición queda comprendida en el juicio de reproche contemplado en el artículo 208 del Código Penal (CSJ SP, 25 julio 2007, Rad. 27383)».

7. En estas condiciones, la condena por el concurso de conductas punibles vulnera el principio de tipicidad y por esta vía el de prohibición de doble juzgamiento en su componente de doble o múltiple valoración, al asignársele a una misma conducta punible, dos consecuencias jurídicas diversas.

Lo anterior, al dejar de considerar que: i) los actos sexuales y los accesos carnales, en cada caso imputado, se cometieron en unidad de acción, (ii) que las dos conductas punibles afectan el mismo bien jurídico, y iii) que los tocamientos efectuados de manera enlazada con cada acceso carnal, no constituyen delitos autónomos, sino conductas acompañantes del delito fin.

La Corte, frente hipótesis de similar esta naturaleza, ha señalado que «el injusto más complejo absorbe los otros que en aquél se hayan consumado [...] todos los actos sexuales abusivos deberán verse subsumidos en la complejidad de una acción de acceso carnal con menor de catorce años, debido a la mayor relevancia de este último para efectos del menoscabo del bien jurídico». (CSJ SP, 14 agosto 2012, Rad. 39160).

Por consiguiente, la Sala casará parcialmente de oficio el fallo del tribunal con el fin de restablecer las garantías fundamentales conculcadas, para cuyo efecto excluirá la condena

impuesta por el delito de actos sexuales con menor de catorce años, en los dos casos, lo que implica la redosificación de la pena.

8. Atendiendo que el juzgador de primer grado incrementó a la pena dosificada para el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (correspondiente a 196 meses), dieciséis (16) meses por cada una de las otras tres (3) ilicitudes endilgadas, se retirará la sanción impuesta por los dos (2) actos sexuales concomitantes, equivalente a diez (10) meses y veinte (20) días.⁶

Esto arroja una pena definitiva de prisión de doscientos un (201) meses y diez (10) días, quantum en el que también se fija la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. En todo lo demás, la providencia recurrida se mantiene incólume.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CASAR PARCIALMENTE DE OFICIO la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali -Sala Penal- el 13 de noviembre de 2019, para declarar que el delito de actos sexuales con menor de 14 años no se tipifica.

SEGUNDO: FIJAR en doscientos un (201) meses y diez (10) días, las penas de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que debe pagar el procesado JAIME DALBERTO ACOSTA ORTIZ, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo.

TERCERO: Aclarar que la determinación del ad quem se mantiene incólume en todo lo demás.

Contra la presente determinación no proceden recursos

Cópiese, notifíquese y cúmplase

HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. Folio 113, cuaderno actuación 1.

2 Cfr. Folio 49 y siguientes cuaderno actuación 2.

3 Cfr. Fl. 106 y s.s. ibidem. El tribunal corrigió una imprecisión del a quo respecto de la parte considerativa y resolutive del fallo. También indicó que era procedente atribuir a ambos delitos la causal de agravación específica endilgada por la

fiscalía, pero no modificó la sentencia, acatando la prohibición de reformatio in pejus.

4 Folio 11 y s.s sentencia primera instancia / Fl. 44 y s.s. c.a 2.

5 Cfr. Fl. 8 y s.s. sentencia segunda instancia / Fl. 99 y s.s c.a 2.

6 Por cada delito se aumentaron 5 meses y 10 días.