

RV: : CONCEPTO DE CASACION 55559

Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>

Vie 11/06/2021 10:59

Para: Laura Mayoly Blanco Martínez <mayolybm@cortesuprema.gov.co>

Casación 55559 Doctor Eugenio F

De: Paula Andrea Ramirez Barbosa <pramirez@procuraduria.gov.co>

Enviado: viernes, 11 de junio de 2021 7:35 a. m.

Para: Secretaria Sala Casacion Penal <secretariacasacionpenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co>; Dibey Marcela Robayo Rocha <marcelarr@cortesuprema.gov.co>

Asunto: : CONCEPTO DE CASACION 55559

Respetados Señores

De manera atenta y para los fines que en derecho corresponden, me permito remitir el concepto de casación 906. Lo anterior, dentro del término de ley.

Agradezco su atención y confirmar el recibido.

Cordial saludo.

Bogotá, D. C. 11 de junio de 2021

Doctor

EUGENIO FERNANDEZ CARLIER

Magistrado Sala Penal

Corte Suprema de Justicia

E. S. D.

Asunto: Consideraciones recurso extraordinario de casación, postulado contra la decisión adoptada el 13 de marzo de 2019 por el Tribunal Superior de Bogotá.

Honorable Magistrado

En mi condición de Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, presento concepto en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes. Lo anterior, dentro de la sustentación de la demanda de casación interpuesta por el Procurador 136 Judicial II, contra de la sentencia de segunda instancia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el 13 de marzo de 2019 por medio de la cual se revocó la decisión emitida por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá.

1. HECHOS

Fueron descritos por el fallador de primera instancia: "... Acorde a las pruebas desarrolladas en las audiencias de juicio oral, se conoció mediante denuncia presentada por la señora Diana Paola Munevar González quien manifestó que el 3 de junio de 2014, su hija L.A.P.M., de 12 años de edad se encontraba jugando con su tablet y su madre, le solicitó el dispositivo para buscar a una amiga, al observar la tablet se dio cuenta que su hija mantenía una conversación con el primo Sergio Enrique Peña Rodríguez, la cual la sorprendió al ver que se refería a la menor como "mi bebe", "amor" y además le decía "déjame ver tus senos" a lo que la menor se negaba por la mamá se encontraba en casa, pero él insistía diciéndole que se fuera para el baño, que allí le mostrara además de sus senos, su vagina y se tomara fotos. Al indagar a su hija por dicha conversación, ésta le contó que su primo la molestaba desde hace más o menos año y medio, le contó que él siempre le habla de mucho sexo, de penes y siempre le pide que le muestre los senos y la vagina, también le enviaba pornografía al Facebook y por esta razón lo eliminó y canceló la cuenta, pero la volvió a contactar por medio su hermano, quien no le vio nada de malo por ser el primo y le dio el número de su hermana. Posterior a esto, la niña reaccionó de manera agresiva con ella misma, se rasguñó su cara, gritó, lloró y dijo que no le había dicho nada a su mamá por miedo a que la separaran de ella, ya que se encuentra separada de su padre por violencia intrafamiliar y no quiere convivir con él, además no

tiene una buena relación con la persona que vive con su papá y Sergio va con frecuencia a esa casa. ...”

2. DEMANDA.

El recurrente presentó dos cargos contra la sentencia de segundo grado, el cargo principal fue instaurado por presuntamente haber concurrido una violación directa e indirecta de la ley sustancial por interpretación errónea, la transgresión directa de la ley sustancial en la sentencia demandada se profesa de la otorgada al artículo 209 y 211 numeral 2 del código penal, dado que le asigno al mismo un sentido jurídico del cual carece, pretendiendo hacer valer como elemento necesario del tipo penal, prueba del daño psicológico como elemento indispensable para adjudicar la responsabilidad en cabeza del procesado¹.

Para el segundo reproche el Procurador Judicial II, lo sustentó con fundamento en la transgresión indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad por errada valoración debido a un yerro por falso juicio de identidad respecto de la prueba documental incorporada a juicio oral por la perito en medios informático de la Fiscalía General de la Nación Leydi Andrea Muñoz, mensajes vía WhatsApp que sostuvo la víctima con su primo Sergio Enrique Peña Rodríguez.

3. CONCEPTO DE LA PROCURADURIA TERCERA DELEGADA

De la lectura de las sentencias de primera y segunda instancia, así como también de la demanda de casación esta Delegada del Ministerio Público coadyuva las peticiones plasmadas en el libelo de casación, ello en consideración a las siguientes postulaciones.

Como punto de partida debemos indicar que, para el delito de actos sexuales con menor de 14 años, el legislador protege la formación sexual de los menores ubicados en ese franjo de edad, al considerarse que aun no gozan de la plena libertad para autodeterminarse en su esfera sexual y por tanto, las actuaciones de terceros con fines de naturaleza sexual deben ser castigados y objeto de reproche penal pese a no requerirse la violencia en su comisión.

La violación es un acto violento y degradante definitivo de violencia social y constituye una invasión de las partes más privadas e íntimas del cuerpo de una mujer, así como un asalto a su propio ser. La violación suele ser una manifestación de la violencia sexual extrema contra las mujeres, que conlleva serias consecuencias devastadoras a las víctimas en sus derechos sexuales y reproductivos, afectando temporal o permanentemente su autonomía sexual y reproductiva, y causando traumas emocionales profundos². El principio de dignidad de la persona, sostiene que todos los seres humanos tienen una misma dignidad. Debe garantizárseles un mínimo de derechos como consecuencia de ello. Esta

¹ Página 9 del escrito de demanda de casación.

² Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos

idea parte del concepto de dignidad de la persona, base de la universalidad de los derechos humanos³.

Ahora bien, el tipo penal de actos sexuales con menor de catorce (14) años tal como lo instituye el artículo 209 del Código Penal se trata de: “El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a practicas sexuales”

Como punto de partida, se debe tener en cuenta que en conductas punibles como éstas, no es la libertad sexual o de integridad corporal el interés directamente tutelado por el legislador porque, de una parte, el delito no precisa violencia o engaño como medio comisivo y, salvo los casos cumplidos en personas de tan corta edad que no haya llegado a la capacidad de razonar, un menor de catorce (14) años no puede, sin limitación alguna, prestar su consentimiento para la relación libidinosa buscada por el agente.

La corrupción aquí tipificada no es de orden moral sino sicofisiológica, como posibilidad de que ocurra en la evolución normal de la libido hasta cuando la persona llega a la pubertad. Por ello podemos entender, entonces, que el interés que resguarda esta definición penal puede designarse como seguridad sexual, o derecho a los menores de 14 años a no ser tratadas eróticamente en forma alguna, por el daño o peligro de daño en el desarrollo normal de la función sexual, hasta cuando llegue ésta a su expresión externa.

Los menores como presunción de derecho están incapacitados para cualquier actividad libidinosa, por la falta de respuesta adecuada a la incitación erótica, respecto de la cual se mantiene el peligro de daño de su función sexual, para cuando llegue ésta a su manifestación exterior.

Manzini⁴, sostiene que “en su primera edad correspondiente a la impubertad o los estímulos carnales permanecen todavía ignorados o confusos, o en todo caso, si son excitados, no pueden encontrar en la falta de madurez fisiológica de la persona, contra-estímulos suficientemente fuertes y educados. Por esto, la ley impone a todos el deber absoluto de abstención a que alude: *“puero debetur maxima reverentia”*”.

El tratadista Molinario⁵ hace referencia a una importante jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de Argentina, que ha servido de norte para toda la jurisprudencia posterior, según la cual la corrupción de menores impúberes “no consiste en una modificación orgánica, sino en una alteración síquica, susceptible de ocasionar daños físicos debido a prácticas lujuriosas prematuras o depravadas”.

³ Javier Llobert Rodríguez. “La corte Interamericana de derechos humanos y las garantías penales”, Editorial Jurídica Continental, Pag. 29.

⁴ Vicenzo Manzini, Delitos contra la libertad y honor sexuales.

⁵ Alfredo J. Molinario, Derecho penal, Pag. 270.

Igualmente, Manfredini⁶ sostiene que “los institutos de función social y protección jurídica se destinan a la tutela de la capacidad biológica y social para la función sexual, pues el sistema legislativo de defensa de la vida sexual tiene en cuenta no las agresiones, sino también y necesariamente el modo de vida sexual que consiste en el mínimo de biologismo que se juzga necesario para la función, a fin de que no se la considere antisocial”. “Es, pues, el grado de inmadurez sicofisiológica en que se encuentran las personas impúberes la razón de esta tutela, por el peligro de daño en la correcta función sexual que pueden traer los tratos libidinosos prematuros, en una sexualidad aún no desarrollada”.

En consecuencia, una excitación sexual prematura, aún con la simple inducción a cualquier práctica erótico-sexual, es capaz de desviar la evolución correcta del instinto genérico, ello por cuanto se le detiene en alguna de las etapas de su desarrollo -fijación irregular de la libido-, ya porque se afecta cuantitativamente su función sexual. Así, pues, afectar la formación plena en el ámbito sexual, en el alcance del delito en estudio, es desviar el desarrollo correcto del instinto erótico de las personas impúberes, mediante actos libidinosos cometidos en la víctima o al inducirla en prácticas sexuales.

La norma objeto de estudio se refiere al trato libidinoso distinto del acceso carnal, y a la inducción del menor de catorce años a prácticas sexuales, por consiguiente, tanto el sujeto activo como el pasivo, puede ser el varón o la mujer. Los elementos del tipo penal examinado son los siguientes: es estrictamente necesario que el comportamiento del agente esté determinado por un móvil de satisfacción libidinosa para sí, es decir, para el sujeto agente pues, como se dejó dicho, no existe delito sexual sin una actividad lujuriosa que el sujeto agente cumpla en el sujeto pasivo, o que a éste le haga realizar para desahogo erótico-sexual de aquél, y que lesione la libertad, el honor o la seguridad sexual de la víctima. En la misma inducción del menor a prácticas eróticas, debe darse en el sujeto agente ese móvil lujurioso, así quepa entenderla como perversa.

La acción por parte del sujeto agente puede consistir en realizar en la víctima actos erótico-sexuales diversos del acceso carnal, esto es, cualquier trato libidinoso que el agente cumpla en el cuerpo del menor, o que éste lleve a cabo en la persona del delincuente, o que el sujeto activo consiga que la víctima ejecute en un tercero, o que el menor presencie que el delincuente efectuó en otra persona o en sí mismo.

Inducir al menor a cualquier práctica erótico-sexual, es decir, colocarlo en camino de llevar a cabo un acto libidinoso cualquiera, así la inducción no resulte eficaz por no cumplir la víctima los deseos del agente. Sobre el tópico debemos decir que inducir es menos que practicar, pero también es algo más que enseñar. Ilustrar al menor sobre las relaciones sexuales no es, pues, hecho constitutivo del delito bajo estudio.

⁶ Manfredini, revista de derecho y procedimiento penal, numero 7 Pág. 219

Los actos sexuales con menor de catorce años consisten no solamente en ejecutar con un menor de catorce años, actos erótico-sexuales diversos del acceso carnal, en su presencia o con su concurso, o en iniciarlo en prácticas sexuales anormales. Pero debemos hacer total claridad en que los actos sexuales abusivos excluyen, por su naturaleza, la violencia, porque lo esencial en ella es la enseñanza inoportuna o extemporánea y maliciosa de los hechos de la vida sexual, lo que puede llevar a prácticas viciosas o a producir inquietudes que, de todos modos, perturben el normal desarrollo de la personalidad.

Se tiene, que la circunstancia objetiva del tipo respecto al sujeto activo cualificado se acreditó debidamente en el juicio oral, ello por cuanto se demostró que la menor L.A.P.M., nació el 23 de julio de 2001, el cual tiene su sustento en la estipulación probatoria No. 2, misma que hace relación al hecho de que la víctima para la para la época en la que acaeció el comportamiento objeto de indagación, tenía menos de 14 años, tenía la escasa edad de 12 años.

A consideración de esta delegada, la declaración de la menor reviste vital importancia como elemento de reconstrucción del hecho materia de investigación, no sólo porque sobre su integridad o su moral se ejecutó el delito sino porque por lo general, como lo he referido en anteriores intervenciones ante esta Honorable Sala Penal, en este tipo de conductas el agresor sexual desarrolla su actividad de forma oculta y buscando dejar la menor evidencia posible.

Es así como la declaración de L.A.P.M., al momento de brindar su testimonio en cámara Gessell manifestó como Sergio, su primo, durante el desarrollo de una conversación vía WhatsApp, le solicitó en varias oportunidades que le remitiera fotos de sus partes íntimas, en igual sentido que el acusado remitió a la menor por este medio electrónico fotos de su pene, aunado a ello, indicó las repetidas peticiones de su primo en que las conversaciones sostenidas debían ser eliminadas.

Debe tenerse en cuenta, que, a lo largo de la investigación del recuento probatorio, la menor fue enfática en relatar que el acusado le envió fotos de su miembro viril, así como también las reiteradas peticiones del procesado para que la menor le remitiera fotografías de sus senos y vagina, en igual sentido manifestó como le decía que las fotos debían ser tomadas en un lugar resguardado lejos de progenitora.

De igual manera fue señalado Sergio Enrique Peña Rodríguez por la mamá de la menor, quien indicó que al observar la tablet de la misma, se dio cuenta que su familiar le había enviado fotos de su miembro viril a la menor y que le solicitaba, a ella, imágenes de su cuerpo, de sus senos y de su vagina, adicionalmente refirió que pudo observar como en repetidas oportunidades en la conversación Sergio solicitaba que la conversación debía ser eliminada.

Debe resaltarse por esta delegada que, L.A.P.M., en sus propias palabras narró, en desarrollo de la entrevista forense que fue reproducida en la audiencia del juicio oral, como su primo le envió imágenes de sus partes íntimas y como le insistía que le enviara fotos de ella. Por ello, resulta irrefutable que la víctima y su progenitora, efectivamente fueron testigos directos de vista y oídas de los hechos delictivos enrostrados al acusado Sergio Enrique Peña Rodríguez y por los que se solicitó condena por el ente acusador y ello se desprende de las manifestaciones de la menor, la primera de ellas efectuada en la entrevista forense que se le recogió y reprodujo en juicio y la segunda en su intervención ante el juez de primera instancia en el desarrollo del juicio oral, manifestaciones a través de las cuales describieron la manera en la que el procesado procedió a convencer a la menor a realizar prácticas de contenido sexual vía WhatsApp.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es que las declaraciones a consideración, concuerdan y guardan correspondencia en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ya que de manera unánime indicaron como en el desarrollo de una conversación mantenida vía WhatsApp, describen de la misma manera y forma en que le insistía el envió de imágenes de contenido sexual, hacen idénticas relaciones del agresor como el primo de la menor llamado Sergio Enrique Peña Rodríguez y de igual manera refieren como fueron dados a conocer los hechos.

Por último, considera pertinente esta delegada del Ministerio Público resaltar que de los elementos materiales probatorios y evidencia física recaudada, se tiene la intervención de la investigadora adscrita al cuerpo técnico de investigación de la fiscalía, Lady Andrea Muñoz Bermúdez, quien realizó la inspección a la cuenta de WhatsApp de la víctima, a través de esta declaración quedó claramente evidenciado que en realidad existió una conversación, en la cual, un usuario denominado “Sergio” le mostraba a la menor partes del cuerpo masculino, esto es, su pene y adicional a ello le solicitaba a la menor fotos de sus partes íntimas, insistiendo en que borrara la conversación y al cual, la menor se refería como “primis” o hacia énfasis en que eran “primos” corroborando aún más su versión inicial.

Del análisis de la evidencia recaudada, queda claro para esta Delegada que el acto sexual, entendido como la satisfacción libidinosa por parte del sujeto activo, fue expuesto por la víctima, en juicio oral, ante la psicóloga forense en la entrevista practicada, guardando una simetría suficiente para darle credibilidad con lo extraído de la conversación por medio de la inspección judicial así como del testimonio brindado por la madre de la menor L.A.P.M., y es que denota que la afectada ha brindado un testimonio acertado, contando su historia en sus propias palabras, así como también se logra determinar que los testimonios recepcionados estaban limpios de cualquier tipo de acuerdo dirigido a perjudicar al procesado y no tenían ningún tipo de razón para inculparlo.

En criterio de esta delegada el hecho que la menor no haya sido constreñida como señala el Tribunal a enviar las fotos a petición del procesado, la sola solicitud o petición pura y simple de esta clase de requerimientos a una niña de 11 años, para que envié fotos desnuda o de partes íntimas de su cuerpo como senos y vagina, bajo ningún punto de vista puede ser considerado como un acto irrelevante, por el contrario el hecho de enviar el procesado a la menor una foto de su miembro viril para que esta igualmente proceda a enviar foto de su cuerpo denota claramente la intención libidinosa del agresor y no es de recibo que la menor fue la inductora del comportamiento hacia el varón, ello conllevaría a invertir los valores, aseverar que una menor de 14 años sea quien incite a actos obscenos al adulto y este bajo ese sofisma encubra su actuar al margen de la ley. Lo cual, igualmente se deduce que no se corresponde por cuanto el procesado según dicho de la misma menor la seducía con darle onces si le enviaba las fotos o se dejaba ver.⁷

Ante el caudal probatorio se puede asegurar más allá de toda duda razonable que Sergio Enrique Peña Rodríguez, acometió en contra de la menor L.A.P.M., actos libidinosos que social y moralmente están desaprobados y que la suya es una conducta reprochable penalmente, fue quien cometió el punible de actos sexuales con menor de 14 años descrito en el artículo 209 del Código Penal, tal como aquella lo dejó ver en su relato espontáneo y coherente, mismo que en concepto de esta delegada del Ministerio Público al igual que el fallador de primer grado lo hiciera se ciñe a la realidad y no presenta ningún tipo tergiversación, ánimo de retaliación o manipulación.

Debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia tiene dicho que el tipo penal previsto en el artículo 209 del Código Penal se configura siempre que esté presente el elemento objetivo, esto es, que el agente actualice la conducta en cualesquiera de las tres modalidades allí descritas, a saber: (i) realizar actos sexuales diversos del acceso carnal en menor de catorce años; (ii) realizar esos mismos actos en presencia del menor; y, (iii) inducir a éste a prácticas sexuales. Pero, además, debe concurrir el elemento subjetivo, se presenta cuando el acto sexual satisface la lujuria del sujeto activo y/o de la víctima.

En razón a las consideraciones expuestas en el libelo de casación y las consideraciones allegadas en este concepto, se logra concluir que el fallador de segundo grado consideró que la menor no atendió las insistentes solicitudes de su primo Sergio Enrique Peña Rodríguez para que le enviara fotos de sus senos o de su cuerpo en ropa interior, que las mismas solo le causaron hilaridad a la primera en cita, que fue la menor LAPM quien indujo al acusado para que le enviara una imagen de sus genitales, o, finalmente, que la imagen del pene del encartado que LAPM recibió en su tableta digital no “despertó su sexualidad”, puesto que se demostró que ésta última tenía información sobre los órganos de reproducción masculina e incluso había visto videos pornográficos, resultan inanes en punto de enervar la tipicidad de la conducta, dado que basta que el sujeto agente realice alguna de las tres modalidades

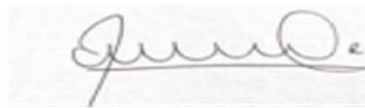
⁷ Véase del dicho de la menor página 14 y 15 del fallo del Tribunal.

enunciadas en el tipo penal con el ánimo de satisfacer sus impulsos carnales, para que se configure el delito en cuestión, por lo que resulta indiferente que el menor apruebe efectuar el acto erótico-sexual, que lo disfrute o, incluso, que sea éste quien promueva o incite su realización, habida cuenta que entratándose de actos sexuales abusivos, como el de la especie, hay una absoluta falta de capacidad de autodeterminación sexual del menor de catorce años.

Ello le condujo al fallador de segundo grado a incurrir en una clara transgresión de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 209 de la ley 599 debido a la errada valoración probatoria.

Así las cosas, demostrada la existencia de los yerros denunciados y su trascendencia en la declaración de justicia contenida en el fallo de segunda instancia, esta delegada considera que deben ser atendidas los argumentos esgrimidos en el libelo de casación, por ello se solicita a la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia que se case y, en su lugar, se deje en firme la sentencia condenatoria proferida por el juez *a quo*.

Atentamente,



PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA
Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal