

Distinción entre el delito de injuria por vías de hecho y algunos delitos de naturaleza sexual. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 7 de febrero de 2018, radicado 49799, (SP107-2018), M.P. Fernando León Bolaños Palacio.

Distinction between injury and some crimes of a sexual nature. Considerations on the sentence of 7 February, 2018, by the Supreme Court of Justice (49799, SP107-2018)

ELISA ALEMÁN VÁSQUEZ¹

Hechos

En el mes de mayo de 2011, en horas de la noche y cuando el adolescente Y.J.V.B, de 14 años de edad, se dedicaba al sueño en una de las habitaciones del Hogar Juvenil Campesino del municipio de Angelópolis, Antioquia, llegó hasta su cama 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, ante lo cual el joven adoptó un comportamiento pasivo. Cuando aquel hubo terminado y mientras se hallaba dormido, decidió el menor abandonar el lecho para ocupar un espacio junto a un familiar, acomodado en otra litera.

Al día siguiente acudió el afectado, 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, denunciando de inmediato ante las autoridades.

1 Estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Contacto: ealeman1@eafit.edu.co

Actuación procesal

Con ocasión de los hechos expuestos, la Corte Suprema de Justicia examina la sentencia de segunda instancia proferida el 28 de octubre de 2016 por el Tribunal Superior de distrito judicial de Medellín, mediante la cual se condenó a Nelson Javier Castaño Sánchez como autor del delito de acoso sexual.

A continuación se reseña la actuación procesal que enmarca el desarrollo del caso, a fin de contextualizar al lector sobre sus aspectos más relevantes, en tanto inciden sustancialmente en la decisión que se adopta.

Se parte entonces por señalar que la Fiscalía imputó a Nelson Javier Castaño Sánchez el delito de acto sexual violento, consagrado en el artículo 206 del Código Penal colombiano² y agravado por la circunstancia del numeral segundo del artículo 211 *ibídem*³; cargo que fue desestimado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Itagüí, en sentencia del 17 de marzo de 2016, fallando a favor de la absolución del acusado.

Apelada la decisión por la Fiscalía, el 28 de octubre de 2016 decide el Tribunal Superior de distrito judicial de Medellín condenar a Nelson Javier Castaño Sánchez como autor del delito de acoso sexual, previsto en el artículo 210A⁴ del Código Penal.

A raíz de ello, el defensor del condenado interpuso demanda de casación ante la Corte Suprema de Justicia, por considerar que se violó, en la formulación de la acusación, el contenido del numeral 2° del artículo 337 de la Ley 906 de 2004⁵ que impone la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes en un lenguaje comprensible; arguyendo principalmente que la Fiscalía nunca precisó con exactitud en qué consistía y cómo operaba en el caso concreto, la presunta

2 **Art. 206. - Modificado. L. 1236/2008, art. 2º. Acto sexual violento.** El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

3 **Art. 211. – Modificado. L. 1236/2008, art. 7o. Circunstancias de agravación punitiva.** Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: [...] 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

4 **Art. 210A. - Adicionado. L. 1257/2008, art. 29. 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) a tres (3) años".

5 **Artículo 337. Contenido de la acusación y documentos anexos.** El escrito de acusación deberá contener: [...] 2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible.

autoridad del victimario como circunstancia de agravación punitiva, lo cual, según sostuvo, comporta aún mayor trascendencia considerando que la adecuación al tipo penal de acoso sexual reclama necesariamente la bien delimitada presencia de este elemento. Asimismo, recalcó que, conforme a la descripción fáctica del caso, la conducta que debió haber sido objeto de imputación y acusación es la de injuria por vías de hecho, tipificada en el artículo 226 del Código Penal⁶, pero puesto que así no sucedió, debía la Corte absolver al procesado.

La Fiscalía, por su lado, se pronunció en el sentido de no haber comprendido “si en el cargo presentado por la defensa, se acudió a la vía indirecta de los errores de hecho para apuntar que no se habían demostrado los elementos del delito de acoso sexual, o si buscaba plantear la incongruencia entre la acusación y el fallo”⁷. Termina agregando que, habiéndose desvirtuado la violencia en ambas instancias, hizo bien el Tribunal en condenar por el delito de acoso sexual, pues, a su juicio, “no se materializa el delito de injuria por vías de hecho, pero sí se invadió la intimidad sexual del afectado”⁸.

Problema jurídico

En primer lugar, la Corte aborda los presupuestos teóricos de construcción jurisprudencial por los cuales es posible afirmar que en el caso bajo análisis no se configura una vulneración al principio de congruencia, ni cuando en segunda instancia se condenó por el delito de acoso sexual, ni en el supuesto en que la Corte termine decantándose por el delito de injuria por vías de hecho, a propósito de la intervención de la defensa en cuanto a que este último debió haber sido el delito objeto de imputación.

Las razones son las siguientes:

En ambos escenarios se observa que i) los nuevos tipos penales, con relación al delito que fue imputado por la Fiscalía, cual es el de acto sexual violento, implican una punición de menor entidad para el acusado, ii) corresponden a conductas del mismo género de aquel, sin que esto apareje la pertenencia al mismo título o capítulo

6 **Art. 226. – Injuria por vías de hecho.** En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agrave a otra persona.

7 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 7 de febrero de 2018, radicado 49799, (SP107-2018), M.P. Fernando León Bolaños Palacio, p. 8.

8 *Ibíd.* p. 9

del Código Penal y iii) se verifica que la variación en la atribución de responsabilidad penal que comportan, garantiza la intangibilidad del núcleo fáctico de la imputación.

Por consiguiente, de adecuarse eventualmente la actuación del procesado a la descripción típica del delito de injuria por vías de hecho, podría la Corte perfectamente condenarlo en calidad de autor, con lo cual queda ostensiblemente desvirtuada la pretensión del recurrente sobre este punto.

Aclarada dicha cuestión, se ocupa la Corte de elaborar la diferenciación conceptual de los delitos objeto de discusión, con miras a identificar sus características excluyentes entre sí, y con base en ello, acertar en la calificación típica de los hechos.

Empieza por examinar el delito de injuria por vías de hecho, el cual posee una estructura en sumo grado abierta, que remite de manera genérica al agravio, y que a grandes rasgos "se refiere a las distintas formas en que se ofende el honor de una persona"⁹, dejando por fuera las afrentas verbales y aquellos comportamientos susceptibles de constituir lesiones personales. Resalta la Corte que nada obsta en principio para que el agravio pueda adquirir una connotación sexual; sin embargo, la conducta necesariamente derivará hacia otros tipos penales, si "desborda el simple tocamiento o las caricias fugaces e imprevistas"¹⁰; por lo cual, actos de manifiesto contenido erótico, encaminados directamente a "la satisfacción de la libido del sujeto activo"¹¹ y que nada tienen que ver con una repentina y corta acometida, no podrían ajustarse típicamente al delito en mención.

Por tanto, al situarse la Corte en el caso *sub examine*, concluye que lo ocurrido no representó el apenas sorpresivo u ocasional tocamiento de las partes íntimas de la víctima, ni puede estimarse como un simple agravio lesivo de su honor, en atención a que el procesado se entrometió en la intimidad sexual del menor de forma manifiestamente erótica, además de persistente, toda vez que se ocupó de asir su miembro viril, para someterlo a frotamientos reiterados por cerca de media hora. En consecuencia, se sostiene que la conducta desplegada por Castaño Sánchez superó por mucho las fronteras de lo que la jurisprudencia de la Corte ha considerado injurioso.

Por su parte, el acoso sexual comprende aquellas actitudes o comportamientos persistentes o reiterativos en el tiempo que por su intención libidinosa causan mortificación psicológica en su destinatario, en ámbitos donde pueden predicarse

9 Ibíd. p.20

10 Ibíd p. 21

11 Ibíd. p. 21

estructuras de poder. En ese sentido, se ha enfatizado en que tales conductas consisten en pretensiones sexuales no consentidas, mas no en la consumación de las mismas; o lo que en otras palabras supone que para catalogar una conducta como constitutiva de acoso sexual, esta debe limitarse a dar cuenta del inequívoco propósito del acosador “de obtener un favor sexual a pesar de la negativa reiterada de la víctima”¹². De ahí que lo que se sanciona a través de este delito, no sea la consecución efectiva de tal objetivo, pues en ese caso se excedería el ámbito de protección del artículo 210A del Código Penal, sino la afectación que sufre el sujeto pasivo en razón del hostigamiento, asedio o persecución emprendidas por el victimario con miras al logro de su interés sexual.

En coherencia con lo anterior, la Corte razonó que las maniobras adelantadas aquella noche por el acusado, no podrían adecuarse típicamente al delito de acoso sexual, ya que este se circunscribe a sancionar no el hecho consumado, sino “las insinuaciones, tratos o solicitudes que, prevalidas de la posición de autoridad o producto del ámbito laboral, busquen ese como fin”¹³, resultando claro que en el presente caso se trató precisamente de la satisfacción de un propósito sexual y no de su mera búsqueda.

Así pues, únicamente resta indagar por el delito de acto sexual violento el cual, a diferencia del anterior, exige la verdadera consumación de un acto de contenido eminentemente sexual, distinto del acceso carnal claro está, y que tenga por objeto materializar una efectiva intromisión en la intimidad del afectado, precedida o acompañada por el uso de la violencia. Es justamente alrededor de este último componente que el presente caso despierta mayor controversia, como se pasa a evidenciar.

En primer lugar, la Corte sostiene que el artículo 212A¹⁴ del Código Penal, adicionado por la Ley 1719 de 2014, contentivo del concepto de violencia, tiene plena aplicación para el caso en comento, pese a su expedición posterior a la ocurrencia de los hechos, dado que la norma simplemente se ocupa de recoger algunas de las manifestaciones que progresivamente fueron precisando tanto la jurisprudencia

12 *Ibíd.* p. 32

13 *Ibíd.* p.25

14 **Art. 212A.- Adicionado. L. 1719/2014, art. 11. 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; al abuso de poder, la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento.

como la doctrina nacional y extranjera, y que venían empleándose con anterioridad en la resolución judicial de los casos, de forma que con su inclusión al Código Penal, sencillamente se quiso orientar en la interpretación que debería corresponderle al término, sin que se pretendiera con ello exhaustividad en cuanto a las posibilidades que el artículo enuncia, ni mucho menos, acometiendo la institución de un nuevo significado de violencia.

No sobra aclarar que la Corte se vio en la necesidad de elaborar dicho razonamiento en respuesta a la afirmación del Fiscal delegado, según la cual no era posible hacer valer el contenido del artículo 212A en el caso *sub examine*, debido al desfase temporal; postura que, como se constata, se desestimó completamente.

En segundo lugar, advierte la Corte que la conducta practicada por Nelson Javier Castaño Sánchez pareciera encajar en la definición que se tiene de acto sexual violento, atendiendo no solo a la materialidad de la acción acometida en el cuerpo de la víctima y su innegable connotación sexual, sino también en especial consideración del cargo que este ostentaba en la institución como posible factor de intimidación, y por ende, de violencia¹⁵.

Sin embargo, si bien la Corte con ello está reconociendo la idoneidad potencial de la tipicidad del delito de acto sexual violento para subsumir adecuadamente los hechos del caso estudiado, manifiesta encontrarse llamada a proteger imperiosamente el derecho de defensa que le asiste al acusado, y en consecuencia abstenerse de condenarlo como autor de este delito, debido a que el recuento que adelanta con relación a la actuación procesal de las partes, le permite verificar que la Fiscalía jamás determinó en dónde radicaba el elemento de violencia que demanda la efectiva configuración del tipo penal en cuestión, lo que conllevó a que probatoriamente nunca se sometiera siquiera a discusión en qué medida la condición de director del Hogar Juvenil Campesino, constituía un elemento intimidatorio de tal magnitud, que fuese susceptible de fundamentar el ingrediente de violencia en la conducta desplegada.

Para finalizar, reviste importancia agregar que la Corte desaprobó categóricamente el fallo de segunda instancia, condenatorio del delito de acoso sexual, no solo por la clara ausencia de tipicidad, suficiente en sí misma, sino además aduciendo de paso la razón de índole procesal ya dilucidada: el Tribunal utilizó un criterio apenas inferencial, apuntalado en la calidad particular del procesado, la cual fue meramente aludida por la Fiscalía, para fundamentar sin más el acoso sexual. Sobre esta cuestión

15 Recuérdese que en la definición de violencia consagrada en el artículo 212A del Código Penal aparece la intimidación como una de sus manifestaciones.

no se ahondó de manera alguna, de lo cual se colige la incursión en el desacierto procesal de no haber reparado fácticamente en la manera específica como había operado ese carácter de autoridad¹⁶ para producir en efecto la intimidación de la víctima. Esto se tradujo en la enervación del derecho del acusado a defenderse en juicio, ya que con tal suerte de presunción desconocida por completo por la defensa hasta el momento del fallo, se le negó la posibilidad de presentar alegaciones probatorias al respecto.

Decisión de la Corte Suprema de Justicia

Con base en los argumentos referidos, decide la Corte casar la sentencia impugnada, para en su lugar, confirmar el fallo absolutorio proferido en primera instancia.

16 El artículo 210A del Código Penal trata la autoridad como una característica de la cual se vale el sujeto activo para acosar, perseguir, hostigar o asediar a la víctima.