



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

SP2894-2020

Radicación N° 52024

Aprobado acta No. 166

Bogotá, D.C., doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020).

1. VISTOS

Se decide el recurso de casación interpuesto por la defensa de JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO contra la sentencia de segunda instancia proferida el 18 de octubre de 2017 por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se revocó la decisión de absolver al acusado y, en consecuencia, se le condenó como autor de los delitos de *actos sexuales con menor de catorce años e injuria por vías de hecho*.

2. ANTECEDENTES

2.1 Fáticos.

El 20 de marzo de 2015, siendo la 1:20 p.m. aproximadamente, las hermanas L.A.L.G. y M.P.L.G., de 8 y 14 años respectivamente, después de concluir la jornada académica en el colegio Jaime Quijano Caballero, caminaban por un callejón que conduce a la Avenida Primero de Mayo en el Barrio Kennedy de Bogotá, cuando JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO, quien transitaba delante de ellas, se volteó y les exhibió su pene. Ante esto, las menores de edad intentaron esquivar al adulto, pero este, con su cuerpo, les obstaculizaba el paso, por lo que se devolvieron corriendo.

2.2 Procesales.

Por los hechos descritos, el 21 de marzo de 2015, ante el Juzgado 55 Penal Municipal de Bogotá, con función de control de garantías, se formuló imputación a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO como autor de los delitos de *actos sexuales con menor de catorce años* -contra L.A.L.G.- (art. 209) e *injuria por vías de hecho* -contra M.P.L.G.- (art. 226).

En audiencia preliminar subsiguiente, se decretó la imposición de una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

Después, en audiencia celebrada el 3 de junio de 2015 por el Juzgado 43 Penal del Circuito de Bogotá, se acusó al

procesado por los mismos delitos antes mencionados. Y, el 22 de julio siguiente tuvo lugar la vista preparatoria.

El juicio oral se desarrolló en varias sesiones los días 10 de noviembre de 2015; 10 de febrero, 25 de abril y 5 de mayo de 2016.

En la última fecha, el Juez de Conocimiento anunció que la decisión sería absolutoria y, como consecuencia de ello, decretó la libertad del acusado. Luego, el 12 de julio de 2016 profirió la respectiva sentencia.

Por virtud del recurso de apelación que interpuso la delegada de la Fiscalía, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en fallo aprobado el 18 de octubre de 2017 y leído el día 27 siguiente, revocó la absolución.

En consecuencia, el Tribunal condenó al acusado como autor de *actos sexuales con menor de catorce años e injuria por vías de hecho* imponiéndole las siguientes penas: prisión por 112 meses –sin suspensión condicional ni sustitución por domiciliaria, por lo que ordenó su captura–, multa por valor de 13,33 s.m.l.m.v., y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la sanción inicial.

Contra la sentencia de segunda instancia, la defensora interpuso y, luego, sustentó el recurso extraordinario de casación.

Mediante auto del 22 de enero de 2019, se admitió la demanda y el 18 de febrero del mismo año se realizó la audiencia de sustentación oral.

3. EL RECURSO

3.1 Demanda de casación.

Con la pretensión de que se case la sentencia condenatoria y en su reemplazo se profiera una absolutoria, la defensora formuló los siguientes cargos:

3.1.1 Inicialmente, denunció la violación directa de la ley sustancial «*por haber incurrido el Tribunal en sendos yerros fácticos de apreciación*», cuando condenó a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO a pesar de que las pruebas acreditan que su actuar no fue doloso: (i) M.P.L.G. y L.A.L.G. sólo indicaron que mostró el pene, agregando la segunda que el sujeto se encontraba junto a una «tarima» y que ellas corrieron porque pensaban que las iba a robar; (ii) el policía Oscar Javier Baquero Díaz señaló que el adulto no se acercó a las niñas y manifestó que se encontraba orinando; y, (iii) Sandra Mireya Gómez Vanegas precisó que sus hijas no fueron tocadas. Aunado a lo anterior, (iv) se estableció que aquél jamás utilizó un lenguaje erótico.

Así las cosas, la acción realizada por el procesado fue exhibicionismo y esta sólo configura una contravención

sancionada en el Código de Policía, tanto en el anterior (art. 70-1) como en el actual (art. 33). En consecuencia, la aplicación de la ley penal en este caso desconocería el principio de «última ratio», pues, por lo menos, existe la duda de si aquél solamente estaba orinando y, de manera descuidada, dejó ver su órgano genital.

Por último, considera que el concurso entre el delito sexual y el que afecta la honra, a partir de la única acción consistente en mostrar el pene, no es posible porque la elección de uno de esos bienes jurídicos, necesariamente, excluye el otro.

3.1.2 En un segundo cargo, la recurrente alegó la violación indirecta de la ley sustancial, en la modalidad de falso juicio de identidad.

Ese vicio habría ocurrido porque el Tribunal no tuvo por creíble que el acusado se encontraba orinando en el callejón por donde transitaban las menores, desconociendo que un lugar así tiene paredes junto a las cuales *«los hombres suelen miccionar»*, y que L.A.L.G. manifestó que el sujeto estaba cerca de una «tarima». De otra parte, en la sentencia se afirma que M.P.L.G. declaró que el 19 de marzo de 2015, día anterior al de los hechos juzgados, el mismo adulto les había exhibido el pene; sin embargo, no tuvo en cuenta que la misma testigo también manifestó que nunca lo había visto.

Entonces, asegura, la valoración de las pruebas atendiendo los parámetros de la sana crítica, llevaría a concluir que JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO no cometió delitos porque su conducta no fue más que contravencional.

3.2 Audiencia de sustentación.

3.2.1 Recurrente.

La defensora se limitó a reiterar los argumentos que había expuesto en la demanda, para solicitar la casación de la sentencia condenatoria.

3.2.2 No recurrentes.

- La **Fiscal 9^a delegada ante la Corte** solicitó no casar la sentencia impugnada.

Frente al primer cargo, consistente en la falta de aplicación del Código de Policía (L. 1801/16) y la consiguiente aplicación indebida de los artículos 209, 220 y 226 del C.P., advierte que el interés superior de los niños, que es un principio consagrado en instrumentos nacionales e internacionales, determina que, en caso de conflicto entre dos disposiciones legales, debe aplicarse la que resulte más favorable a aquéllos, la que, en el caso juzgado, sería la de carácter penal. Además, aduce que el recurrente no «*ofrece derroteros legales y jurisprudenciales*» que desvirtúen los

argumentos esgrimidos por el Tribunal para concluir que la exhibición de genitales tuvo propósitos lascivos.

Y, respecto de la censura de falso juicio de identidad por tergiversación y supresión de los testimonios de las menores, aseguró que el defensor descontextualizó el contenido de estas pruebas porque estas nunca manifestaron que el acusado estuviera orinando cerca de una tarima, sino que iba caminando, se volteó hacia donde ellas, les mostró su parte íntima y les obstaculizó el tránsito, situación que, agrega, denota su intención de satisfacer deseos sexuales. A más de lo anterior, recuerda que M.P.L.G. declaró que el día anterior al de los hechos juzgados presencié la misma conducta del agresor, y que los testimonios de la madre de las niñas y del policía Oscar Vaquero Díaz no fueron controvertidos.

Concluye, entonces, que el comportamiento objeto de juzgamiento no es contravencional sino delictivo, porque las circunstancias en que se desarrolló permiten inferir que su autor buscaba satisfacción sexual; además, que el mismo vulneró, simultáneamente, la integridad sexual de L.A.L.G. y la moral de M.P.L.G.

- La **Procuradora 3^a delegada ante la Corte** también pidió negar la pretensión de la demandante

Frente al primer cargo, afirmó que la exhibición del miembro viril la niña de 8 años constituye una especie de

acto sexual abusivo y, además, un atentado contra la integridad moral de la adolescente de 14 años. Ese hecho, agrega, fue demostrado con los testimonios claros y precisos de las propias víctimas, por lo que se descarta la ocurrencia de los errores en la apreciación de aquéllos.

Alega que la otra censura tampoco está llamada a prosperar porque L.A.L.G. describió con detalles las circunstancias (tiempo, modo y lugar) del hecho lascivo y que el procesado les bloqueó el paso. Además, la condena se fundó también en otros testimonios que son coherentes con aquél: el de M.P.L.G., el de la madre de las niñas -Sandra Gómez Vanegas-, el del agente de la Policía Vaquero Díaz, el de la investigadora del C.T.I. que recibió entrevista a las víctimas, y el de la psicóloga de la Comisaría de Familia.

Finalmente, alega que los hechos probados, según la jurisprudencia de la Corte, constituyen actos de erotismo que afectan la integridad y formación sexuales de los menores de 14 años edad (rad. 30305 del 5 nov./2008) y, además, una injuria por vía de hecho respecto de quienes superen ese límite etario (rad. 49799 del 7 feb./ 2018).

- El **representante de las víctimas** formuló la misma pretensión que sus antecesores, bajo la premisa de que *«la ley de los menores es prevalente sobre cualquier otra norma»*.

Considera que el primer cargo debe desestimarse porque el dicho de los menores es suficiente para adecuar la

conducta del acusado en los delitos de: (i) actos sexuales abusivos respecto de L.A.L.G., porque perseguía una finalidad libidinosa, e (ii) injuria por vías de hecho frente a M.P.L.G., porque fue agraviada su honra, según la interpretación establecida desde el auto del 14 de mayo de 1998, rad. 12445.

Luego, no sin antes advertir que el error consistente en la violación de las reglas de la sana crítica es el falso raciocinio y no el de identidad, como lo señaló el demandante; niega que la sentencia haya alterado el contenido de los testimonios de las menores, de su madre y del agente de policía.

4. CONSIDERACIONES

4.1 En la sentencia de segunda instancia, luego de revocar la decisión absolutoria inicial, se condenó a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO con base en la siguiente premisa fáctica: el 20 de marzo de 2015, en un callejón ubicado en vía pública, el acusado exhibió su pene –con ánimo libidinoso- a las hermanas L.A.L.G. (*actos sexuales con menor de catorce años*) y M.P.L.G. (*injuria por vías de hecho*), cuyas edades eran de 8 y 14 años respectivamente.

4.2 La defensora se opone a la condena aduciendo que la prueba no acredita la pretensión sexual de la conducta de su representado y, en todo caso, el exhibicionismo no constituye delito sino una contravención policiva. Además, alegó que una

misma acción no puede lesionar dos bienes jurídicos excluyentes (la indemnidad sexual y la integridad moral).

Como quiera que la decisión condenatoria se produjo en segunda instancia, **la garantía del derecho fundamental a impugnar toda sentencia condenatoria** impone la resolución en esta sede de casación de la totalidad de las censuras planteadas, aun cuando la recurrente haya incurrido en algunos desaciertos técnicos, como fueron el considerar que los errores en la apreciación de la prueba constituyen una forma de violación directa de la ley sustancial (3.1.1) y el proponer un falso juicio de identidad sin identificar un supuesto de adición, tergiversación o cercenamiento probatorio que resultara trascendente (3.1.2).

De esa manera, la casación cumplirá en el presente asunto, entre otras, la finalidad de efectivizar las garantías fundamentales del acusado (art. 180 C.P.P.), especialmente la doble conformidad de la condena.

4.3 Siendo así, la Sala de Casación, luego de precisar los términos de la acusación, analizará, en primer lugar, las críticas defensivas que se dirigen contra la apreciación de la prueba (violación indirecta de la ley sustancial) a fin de establecer la premisa fáctica demostrada. Y, una vez definida esta, en segundo lugar, se examinarán los argumentos que cuestionan la validez del juicio de adecuación típica, es decir, la corrección de la premisa normativa aplicada (violación directa de la ley sustancial).

4.3.1 Los términos de la acusación.

JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO fue acusado como autor de *actos sexuales con menor de catorce años* -contra L.A.L.G.- en concurso heterogéneo con *injuria por vías de hecho* -contra M.P.L.G.-, con base en los siguientes hechos:

... fueron denunciados el pasado 20 de Marzo del 2014 por la señora SANDRA MIREYA GOMEZ VANEGAS, madre de las menores víctimas, hechos que ocurrieron en la CALLE 40 J con 74 Localidad KENEDY barrio TIMIZA, quien manifiesta que el día 19 de marzo del año 2015 sus menores hijas salieron del colegio y llegaron a su trabajo, en donde le contaron que **un sujeto les había sacado el pene** y las había correteado, la denunciante refiere que como trabaja en un jardín infantil cerca del colegio de las menores, decidió pasar a buscarlas a la salida, cuando se dio cuenta que un señor se paró frente a sus hijas, ella cruzó la calle cuando llegó el señor ya se había ido y sus hijas estaban llorando, su hija mayor le manifestó que **el señor les había mostrado el pene**.

Escuchadas a las menores M.P.L.G. (...), y L.A.L.G. (...) en ENTREVISTA realizada el día 20 de Marzo del año 2015, refieren que el día 19 de marzo del año 2015 un sujeto desconocido a la salida del colegio las aborda y **les muestra su zona genital** dándose cuenta de tal acto solo M.P., al siguiente día 20 de marzo refiere la menor víctima L.A.L.G. (...) refiere en entrevista que el 20 de marzo acababa de salir de mi colegio con mi hermana N (sic) y nos fuimos caminando por una ruta que casi no cogíamos, al llegar donde se pasa la primera de mayo hay un callejón que tiene como una tarima o algo así y un sr (sic) venía caminando al frente de nosotras, cuando estábamos en el callejón y el sr (sic) venía en frente de nosotras si nos íbamos hacia la izquierda el sr (sic) caminaba hacia ese lado, después nos fuimos por la derecha él también, en eso mi hermana me dijo ese sr (sic) no nos va a dejar pasar, y después el Sr (sic) **se baja los pantalones y nos muestra el pene**, después se sube el pantalón y viene caminando hacia nosotras, entonces yo le digo a mi hermana salgamos a correr por qué ese sr (sic) nos va a robar, entonces nos devolvimos por el mismo callejón corriendo con mi hermana, se le cayó la carpeta que llevaba yo paré en una tienda y me quedé ahí como escondida y le conté al sr (sic) de la panadería lo que había pasado.

Esa acusación presenta algunas deficiencias en la claridad y pertinencia de algunos de sus términos que, aunque no alcanzaron a generar indefensión, requieren de unas precisiones en orden al análisis probatorio y jurídico que después se realizará.

- Se hizo un recuento del contenido de algunos elementos materiales de prueba (denuncia y entrevistas), cuando la narración debió limitarse a los «hechos jurídicamente relevantes», es decir, a los supuestos fácticos que encajarían en los tipos penales seleccionados -y sus hechos indicadores-. No obstante, el contexto de la acusación permitió entender que se imputaba a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO el haber mostrado su pene a las menores M.P.L.G. y L.A.L.G.

2. Si bien se mencionaron, indistintamente, hechos exhibicionistas acaecidos tanto el 19 como el 20 de marzo de 2015, el primero de los cuales solo habría sido presenciado por M.P.L.G.; lo cierto es que la acusación sólo imputó un delito de *injuria por vías de hecho* y fue el que habría integrado un concurso ideal -heterogéneo- con el de *actos sexuales con menor de catorce años*, que tuvo lugar en la segunda de esas fechas. Este punto, además, se clarificó desde el juicio oral cuando el tema suscitó algún debate entre los delegados de la Procuraduría y de la Fiscalía, y así lo entendió también el Tribunal que, únicamente, profirió condena por el acontecimiento del día 20.

3. La acusación calificó la conducta del acusado frente a L.A.L.G. -8 años- como *actos sexuales con menor de catorce*

años (art. 209 C.P.), sin precisar cuál de las 3 modalidades conductuales que describe el tipo fue la atribuida, es decir, si fue (i) realizar actos sexuales diversos del acceso carnal con la niña, o (ii) ejecutar estos comportamientos en su presencia, o (iii) inducirla a prácticas sexuales. No obstante, el hecho imputado se ubica en el ámbito de la segunda de esas hipótesis y así lo entendió la sentencia de segunda instancia cuando concluyó que *«se trató de acciones caracterizadas por ser lúbricas, representadas en la exhibición de los órganos genitales, que L.A.L.G. tuvo que presenciar, ...»*.¹

A pesar de que las deficiencias expuestas fueron intrascendentes en el caso juzgado, debe llamarse la atención a la Fiscalía General de la Nación -y sus delegados- para que cumpla con rigurosidad el debido proceso de los actos de imputación, especialmente lo relativo a una descripción *«clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje comprensible»* (arts. 337.2 y 288.2), y de esa manera evite poner en juego garantías fundamentales de la defensa o, por lo menos, generar discusiones innecesarias sobre esos aspectos.

4.3.2 Premisa fáctica demostrada.

La defensora no objeta la conclusión de que JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO exhibió o dejó ver su pene a las menores M.P.L.G. y L.A.L.G.; sin embargo, alega que esa conducta no tuvo intención libidinosa porque: (i) se

¹ Página 28, sentencia de segunda instancia.

encontraba orinando, como le contó al policía Oscar Javier Baquero Díaz y se deduce de las características del lugar (cerca de una «tarima» en un callejón²); (ii) L.A.L.G. declaró que había corrido porque pensaba que el hombre las iba a robar; (iii) Sandra Mireya Gómez Vanegas precisó que sus hijas no fueron tocadas; y, (iv) ninguna prueba estableció que el acusado utilizara un lenguaje erótico.

Sea del caso precisar, de una parte, que la recurrente no cuestionó la credibilidad de las menores M.P.L.G. y L.A.L.G. ni denunció errores trascendentes en la apreciación que de sus declaraciones hizo el Tribunal. Y, de otra parte, que los contenidos que atribuye a los testimonios de aquéllas, de Sandra Mireya Gómez Vanegas y del subintendente Oscar Javier Baquero Díaz, incluida la manifestación exculpatoria que este escuchó, son ciertos. Además, puede admitirse que, sin llegar a configurar una máxima de la experiencia, es probable que algunos hombres, de manera indebida por supuesto, satisfacen la necesidad urgente de miccionar en el espacio público.

Sin embargo, las únicas testigos directos del suceso ocurrido aquel 20 de marzo de 2015 en un callejón próximo a la Avenida Primera de Mayo de esta ciudad que concurrieron al juicio, fueron la adolescente M.P.L.G. de 14 años y la niña L.A.L.G. de 8 años; cuyas declaraciones consistentes y no controvertidas sustancialmente por la defensa descartan la hipótesis según la cual el procesado expuso su órgano viril por

² Declaración de L.A.L.G., sesión de juicio oral del 10 de noviembre de 2015, minuto: 08:23: «tenía una tarima y el piso era gris, pero estaba empiedrado (sic)».

la exclusiva razón de que estaba orinando o que acababa de hacerlo.

En efecto, las menores de edad relataron, de manera concordante, que el acusado caminaba delante de ellas por la calle estrecha en dirección a la Avenida Primera de Mayo y, de manera repentina, se volteó y se levantó la camisa y/o se bajó el pantalón que llevaba puesto dejando al descubierto su pene. Ante ello, la adolescente tomó de la mano a su hermana menor e intentó esquivar al individuo, pero este les bloqueó el paso moviendo su cuerpo de un lado a otro, por lo que optaron por devolverse corriendo hasta un pequeño local comercial en el que buscaron protección.

Al efecto, véase la declaración pormenorizada que rindió M.P.L.G., la mayor de las consanguíneas, durante el juicio oral:

... el 20 de marzo de 2015 estábamos yendo pa (sic) el trabajo donde pues trabaja mi mamá y pues nosotras cogíamos siempre un callejón, pues para llegar más rápido, pues yo le estaba diciendo a mi hermana que cómo le había ido, si, estábamos hablando ahí normal, entonces pues íbamos ahí, ya íbamos llegando, íbamos en la primera de mayo y ya íbamos a pasar y un señor ahí llegó y pues se está al frente de nosotros y se voltió (sic), y pues nosotros seguimos caminando y él en un momento se alzó la camisa y pues no se si antes ya se había acomodado y se había bajado el pantalón y sólo se subió la camisa y pues le vimos el pene, yo en ese momento pues yo me asusté, pero pues yo quería irme de ahí, yo cogí a mi hermana y pues nos corrimos para la derecha y no nos dejaba pasar, así nos corriéramos de un lado al otro, no nos dejaba pasar, entonces pues yo le dije a mi hermana que saliéramos corriendo y nos metimos a una tienda que había atrasito de nosotras.³

³ Declaración de M.P.L.G., sesión de juicio oral del 10 de noviembre de 2015, minuto 08:19.

... el callejón era un poquito cerrado, tenía un poco de grafitis, estaba resucio (sic), y pues no estaba tan solo, había personas allí pasando, por lo que en ese mismo callejón está el colegio Tonalans, está ahí la puerta, entonces los papás o los mismos estudiantes del colegio salen ...⁴

Con mayor precisión, ante la pregunta expresa del defensor, formulada en el contrainterrogatorio, de «¿qué estaba haciendo el señor en el callejón?», la declarante respondió: «pues que estaba caminando para el mismo lado, él iba delante de nosotros caminando para la Primera de Mayo y después, de un momento a otro, se voltió (sic)»⁵.

En el mismo sentido, aunque de manera más concisa, la menor L.A.L.G. describió el suceso:

... es que le vi el pene al señor cuando íbamos para el jardín de mi mamá⁶ ... después de eso, salimos a correr⁷.

... es que íbamos en el callejón (*de la Primera de Mayo ... el 20 de marzo ... este año ... casi la 1:20 de la tarde*), yo con mi hermana (M.P.L.G.), y nos encontramos a un señor que estaba delante de nosotras; entonces, él se voltió (sic), tenía los pantalones arriba pero después se los bajó, yo le dije a mi hermana que saliéramos a correr, yo salí corriendo para una papelería y ella salió corriendo detrás de un muro.⁸

En el contexto fáctico demostrado, aun cuando fuere cierto que JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO orinó en el espacio público descrito, también lo es que, entonces, posterior a esa acción fisiológica, cuando ya había cubierto su pene, por lo menos, con la camisa, decidió volverlo a sacar con el único propósito de mostrarlo sorpresivamente a las dos

⁴ Ibidem, minuto 12:58.

⁵ Ibidem, minuto 31:01.

⁶ Declaración de L.A.L.G., sesión de juicio oral del 10 de noviembre de 2015, minuto 06:57.

⁷ Ibidem, minuto 07:46.

⁸ Ibidem, a partir del minuto 14:34.

menores, comportamiento que inclusive prolongó por varios segundos impidiéndoles continuar la marcha en la dirección que traían.

Recuérdese que Sandra Mireya Gómez Vanegas, cuya credibilidad tampoco fue cuestionada, manifestó que desde la puerta del jardín infantil donde trabajaba pudo divisar a sus hijas cuando cruzaban el callejón, corroborando que un hombre se les atravesó en el camino y no las dejó seguir de manera claramente intencional. Así lo narró:

..., yo salí a la puerta del jardín donde trabajaba y estaba colocándole cuidado a las niñas, cuando venían, yo alcanzaba, desde la puerta, a ver el callejón por donde ellas llegan al jardín, pues yo las vi que ellas venían y, de un momento a otro, vi que una persona se les atravesaba y no las dejaba pasar, la niña grande forcejeó a la pequeña para un lado y el señor se les corría para ese lado y así, pues la verdad yo me angustié mucho, entonces yo me atravesé la Primera de Mayo corriendo, a ver qué era lo que a ellas les había pasado ...⁹

Cierto es que la Fiscalía introdujo la denuncia instaurada por Sandra Mireya Gómez Vanegas y las entrevistas recibidas a M.P.L.G. y L.A.L.G., la primera a través del testimonio de la investigadora Marinela Rincón Salgado¹⁰ y las segundas del rendido por la psicóloga Yanet Tovar Marín¹¹; sin embargo, el contenido de esas declaraciones previas es innecesario porque fue reproducido en el juicio oral por sus autoras y, en todo caso, nunca se sustentó la admisibilidad excepcional de estas.

⁹ Declaración de Sandra Mireya Gómez Vanegas, sesión de juicio oral del 10 de noviembre de 2015, a partir del minuto 06:48.

¹⁰ Sesión de juicio oral del 10 de noviembre de 2015.

¹¹ Sesión de juicio oral del 10 de febrero de 2016.

Recuérdese que las pruebas de referencia son admisibles sólo en hipótesis de indisponibilidad del testigo (art. 438 C.P.P.) y si bien es cierto la jurisprudencia ha flexibilizado esa regla en tratándose de víctimas menores de edad permitiendo la incorporación de sus deposiciones anteriores aun cuando concurren al proceso, lo cierto es que esta posibilidad debe sujetarse al cumplimiento de los pasos debidos para la admisión de esa modalidad probatoria, como se reiteró en la sentencia SP934-2020, may. 20, rad. 52045, procedimiento que no se agotó en el caso juzgado.

De otra parte, es cierto que el subintendente Oscar Javier Baquero Díaz declaró en juicio que el acusado, al momento de ser capturado, le manifestó que estaba orinando¹²; sin embargo, esta sola expresión no tiene la eficacia exculpante pretendida porque ni siquiera fue soportada en un testimonio completo y circunstanciado del suceso del 20 de marzo de 2015. En su lugar, una versión coherente y detallada de este, como fue la suministrada por M.P.L.G. y L.A.L.G. en presencia del juez y filtrada por el ejercicio de contradicción, descartó esa hipótesis fáctica.

En todo caso, se reitera, aun cuando fuere cierto que aquél orinó en la vía pública, ello no descarta que en una acción posterior e independiente haya decidido descubrir su pene nuevamente con el único propósito de enseñarlo a las hermanas que en ese momento transitaban por el sector, como en efecto se demostró, sin que, ciertamente, haya acompañado

¹² Declaración de Oscar Javier Baquero Díaz, sesión de juicio oral del 25 de abril de 2016, minuto 38:09.

ese comportamiento con intentos de tocamientos o utilizado palabras soeces.

Entonces, el alegato de la apelante no consigue acreditar que el ánimo que inspiró la conducta del acusado consistente en exponer su pene haya sido el de satisfacer una necesidad fisiológica; por el contrario, las características de aquélla y sus circunstancias, como bien lo indicó la sentencia condenatoria de segunda instancia, concurren hacia una misma inferencia: que aquél sabía que ejecutaba ese comportamiento ante dos menores de edad y quiso hacerlo.

En efecto, se demostró que el procesado caminaba por un callejón que conduce a la Avenida Primera de Mayo en Bogotá (vía pública), se volteó repentinamente ubicándose justo en frente del par de hermanas, de inmediato se levanta la camisa y/o se baja un poco el pantalón, y les muestra el pene. Además, el adulto procuró extender el efecto de su comportamiento porque impidió el paso de las menores y con ello garantizó por unos segundos más la visualización de su cuerpo.

Por último, el trato «respetuoso» que, en su vida cotidiana, el acusado pueda prodigar a los sobrinos con quienes convive, según lo relatado por la testigo de la defensa Erika Paola Sánchez Díaz, no es un hecho que tenga la capacidad de desvirtuar la ocurrencia del comportamiento objeto de juzgamiento; es más, como se verá más adelante, usualmente las víctimas de actos exhibicionistas son, precisamente, personas desconocidas.

4.3.3 Corrección de la premisa jurídica aplicada.

Por la senda de la violación directa de la ley sustancial, la defensora alegó que el exhibicionismo es una conducta sancionada en el ámbito policivo (art. 33 L. 1801/2016) y, por tanto, el principio de *última ratio* excluye la aplicación de los más severos castigos penales. En el mismo ámbito de impugnación, se opone a la aplicación concurrente de delitos porque vulneran bienes jurídicos distintos y excluyentes.

Es decir, según la recurrente, en la sentencia condenatoria -de segunda instancia- se aplicaron indebidamente los artículos 209 -*actos sexuales con menor de catorce años*- y 226 -*injuria por vías de hecho*- del Código Penal; y, como consecuencia de ello, se omitió el artículo 33.2.b (prohibición y sanción policiva del exhibicionismo) del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (L. 1801/2016).

4.3.3.1 Sobre la aplicación del artículo 209 del Código Penal.

El análisis de la corrección de la norma sustantiva en mención seguirá el siguiente orden: (i) se harán algunas explicaciones sobre la categoría típica de «acto sexual»; (ii) se precisará el concepto de exhibicionismo y de actos exhibicionistas; (iii) se mostrará el tratamiento jurídico-penal de este fenómeno en otros países (americanos y europeos); (iv) se determinará la regulación aplicable en Colombia; y, (v)

finalmente, se realizará el juicio de adecuación típica del comportamiento juzgado.

(i) Modalidad típica: presenciar un «acto sexual».

Según el artículo 209 del estatuto penal sustantivo, comete el delito de **actos sexuales con menor de catorce años** «*el que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión ...*».

En lo que ahora resulta pertinente, a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO se imputó un acto exhibicionista ante L.A.L.G., cuando esta tenía la edad de 8 años, el cual se demostró a plenitud según se explicó en el análisis probatorio (4.3.2). Por ende, la modalidad típica desde la cual ha de analizarse su responsabilidad es la eventual ejecución de un acto sexual *en presencia* de la niña en mención. Ello es así porque, además, la prueba no indicó que tuviera alguna interacción *con* el cuerpo de la menor o que la persuadiera a participar en prácticas sexuales, ni siquiera que hubiese intentado uno de estos dos resultados.

En ese orden, la aplicación del artículo 209 del C.P. dependerá de la concurrencia de los siguientes elementos típicos en la conducta del acusado: (i) la realización de un acto sexual, (ii) en presencia de una persona menor de 14 años, y (iii) el conocimiento del hecho, incluida la última circunstancia, y la voluntad de ejecutarlo para satisfacer la

libido. Como se observa, el presupuesto originario de la tipicidad de esta modalidad conductual es la ejecución de un *acto sexual* del cual no es partícipe pero sí espectador un niño o adolescente en el rango etario señalado.

Se entiende por acto sexual toda conducta que *«en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige ... a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles ..., y se consuman mediante la relación corporal, ...»* (AP, jul. 27/2009, rad. 31715, reiterado en la SP15269-2016, oct. 24, rad. 47640).

Es decir, como ya lo ha explicado la Sala, una actividad humana es de naturaleza sexual cuando, en sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria o los impulsos libidinosos, lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudar lo intervienen en tal tipo de interacción humana -tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él-.

Conforme a esa explicación, para que una conducta humana constituya un acto sexual, no basta que excite a su autor o que satisfaga su libido desde su particular visión, pensamiento o deseo, pues será necesario también que aquella revista aptitud o idoneidad, según los criterios culturales y sociales predominantes sobre la sexualidad

humana, para alcanzar esa finalidad. En efecto, desde la sentencia SP, oct. 26/2006, rad. 25743, se explicó que:

El acto sexual **debe ser apropiado** para estimular la lascivia del autor y de la víctima o, al menos, de uno de ellos. Por eso, frente a la legislación penal de 1936 para Colombia, sobre el punto similar a la actual, Pedro Pacheco Osorio exponía:

*El acto erótico-sexual **debe ser idóneo** no solo para excitar o satisfacer la lujuria de ambos sujetos del delito, o siquiera de uno de ellos.*

...

Por eso se afirma que **debe tratarse de prácticas de contenido sexual objetivamente consideradas, que la conducta tiene que revestir entidad significativa**, ... (Negritas fuera del original)

Con mayor precisión, en la sentencia SP123-2018, feb. 7, rad. 45868, se definió el ingrediente normativo «**actividad sexual**» del delito de *pornografía con personas menores de 18 años* (art. 218 C.P.), como aquella que, desde el punto de vista objetivo, pueda «*catalogarse de esa manera por el común de los observadores al revelar comportamientos manifiestamente sexuales o conductas sexuales explícitas, ...*».

La insuficiencia de la idoneidad subjetiva del acto obedece a que, como también se explicó en la precitada decisión, «*la sola idealización o representación mental que hagan de su objeto de deseo (un niño o niña), estarían en posibilidad de alcanzar la excitación sexual, lo cual implicaría desnaturalizar el derecho penal, al sancionar, no las acciones humanas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, sino las fantasías e intenciones sexuales de algunos sujetos en particular*».

En la sentencia SP, nov. 5/2008, rad. 30305, se dio cuenta del caso del fetichista que toca «*los zapatos de una mujer o tirarle una trenza*» con ánimo libidinoso, respecto del cual se citó la doctrina autorizada de Luis Muñoz Sabaté (Sexualidad y derecho, Elementos de sexología jurídica, Barcelona, 1976, p. 62):

“...desde un punto subjetivo y por usar la propia terminología jurídica, tal conducta constituye indudablemente un acto lascivo, porque mediante el mismo el agresor descarga su tensión sexual, pero, en cambio, objetivamente hablando, es decir, según las pautas culturales de la comunidad e incluso de la propia víctima, aquello no puede pasar de ser una simple gamberrada con la consiguiente risa o susto. (...) Íntimamente ligado a este problema se halla la cuestión de la intencionalidad o ‘fin lúbrico’ de la acción, tal difícil de probar en algunos casos”

Ahora bien, es claro que la razón de la prohibición de la segunda conducta -alternativa- descrita en el artículo 209 sustantivo no recae en el acto sexual en sí mismo considerado, sino en la circunstancia de que un niño, niña o adolescente menor de 14 años sea observador, testigo o espectador de ese comportamiento. Siendo así, con mayor razón la actividad sexual desarrollada debe ser explícita o tener la suficiente aptitud para causar excitación o satisfacción sexual a su realizador o realizadores, como sería, por ejemplo, el acceso carnal (vaginal, anal u oral), besos o caricias en órganos genitales u otras zonas erógenas, tocamientos lascivos del propio cuerpo o del de un tercero, la masturbación, entre otros.

De otra parte, existen conductas que tienen alguna connotación sexual ya sea porque obedece a impulsos de esa naturaleza en su ejecutor sin que tengan un desarrollo exterior trascendente, como sería el fetichismo manifestado

en el tocamiento de una prenda de vestir exterior, por ejemplo; o porque, aun cuando desde el punto de vista objetivo puedan tener algún significado o connotación libidinosa, carecen de entidad suficiente para ser caracterizadas como actos eminentemente sexuales, como serían algunas miradas y movimientos de lengua vulgares, comentarios o piropos dirigidos a exaltar zonas erógenas, o gestos manuales obscenos.

En resumen, los **actos sexuales** con relevancia típica son todos aquellos que persigan la satisfacción de una apetencia sexual y que sea idóneo para conseguir este propósito. En consecuencia, actividades cuya connotación sexual obedezca, predominantemente, a las solas fantasías, impulsos o trastornos de su ejecutor, o que, según las «*pautas culturales de la comunidad*» no tengan esa naturaleza de modo inequívoco, no constituyen actos sexuales para efectos de la aplicación de la segunda conducta alternativa descrita en el artículo 209 del C.P., menos aun cuando la ilicitud de esta deriva de la sola *percepción* del acto por un menor. Por si fuera poco, esta postura es la que mejor se acompasa con la posibilidad real de demostración del dolo.

La anotada conclusión no varía por el hecho de que el sujeto pasivo de la conducta sea un menor de 14 años ni porque se busque proteger la integridad y formación sexuales, pues los principios de tipicidad estricta y lesividad implican que el Derecho Penal sólo puede sancionar las conductas descritas en la ley (art. 10) que resulten **idóneas** para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado (art. 11), como se desprende también de la regulación de la

tentativa punible (art. 27). Esas garantías sustantivas mínimas integran el principio de legalidad y, por esa vía, hacen parte del núcleo esencial del debido proceso.

Así, la protección penal de los intereses superiores de los niños se realiza mediante la prohibición y sanción de -verdaderos- actos sexuales que los involucren, entendiendo por tales los que **efectivamente** pueden lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos de la integridad y formación sexuales. De esa manera, ninguna oposición se presenta entre la adecuada interpretación del artículo 209 del C.P., antes precisada, y la prevalencia de los derechos de los menores de edad (art. 44 ibidem), y, si es que aun se considerara que existe ese conflicto, dicho ejercicio hermenéutico pondera todos los principios en juego.

(ii) Sobre el exhibicionismo y los actos exhibicionistas.

Desde el punto de vista semántico, el exhibicionismo consiste en el «*prurito de exhibirse*» o, con mayor precisión, la «*perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales*», entendiéndose por «pervertir» la acción de «*viciar con malas doctrinas o ejemplos las costumbres, la fe, el gusto, etc.*»¹³.

Para la ciencia médica, el exhibicionismo es una parafilia al igual que el fetichismo, el frotteurismo, la pedofilia, el masoquismo sexual, el sadismo sexual, el

¹³ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

fetichismo transvestista y el voyeurismo. Las parafilias «se caracterizan por impulsos sexuales intensos y recurrentes, fantasías o comportamientos que implican objetos, actividades o situaciones poco habituales»¹⁴, que en el caso del exhibicionista es el deseo de que personas extrañas, sin consentirlo, observen sus genitales.

En términos similares, lo indicó el Tribunal Supremo Español – Sala de lo Penal en la sentencia STS 1397/2009 de 29 Dic. 2009, Rec. 10722/2009, citada por la STS 39/2019 del 17 de enero de 2019, Rec. 1416/2018:

a) La "parafilia" es un término genérico que se refiere al conjunto de desviaciones o anomalías de la conducta sexual, en las que la imaginación o los actos inusuales o extravagantes son necesarios para conseguir la excitación o el placer, de modo que la respuesta sexual se produce de forma exclusiva o preferente ante **situaciones u objetos que no se corresponden con las pautas habituales**. Y se dividen en dos grandes grupos: aquellas en que existe una desviación del objeto sexual, en los cuales el deseo se orienta hacia objetos que no son los normales: niños (pedofilia), ancianos (gerontofilia), animales (zoofilia), prendas de ropa y similares (fetichismo) y en segundo lugar las parafilias que se caracterizan por una desviación del fin en los cuales **la atracción y el placer no se encuentran en el acto sexual mismo sino en otras situaciones como pueden ser** la producción de dolor (algolagnia activa o sadismo), el ser humillado o golpeado (algolagnia pasiva o masoquismo), el vestir ropas del sexo opuesto (trasvestismo) **el mostrar los propios genitales (exhibicionismo)** o la observación de otras personas en actitudes eróticas (voyerismo).

En ese contexto, la Asociación Americana de Psiquiatría considera que *«la característica esencial del exhibicionismo consiste en la exposición de los propios genitales a una persona extraña»*, agregando que:

¹⁴ Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales DSM-IV, Asociación Americana de Psiquiatría (APA), p. 505.

Algunas veces el individuo se masturba durante la exposición (o mientras lo imagina). Cuando el individuo lleva a cabo sus impulsos, no existe generalmente ningún intento de actividad sexual posterior con la persona extraña. En algunos casos la persona es consciente del deseo de sorprender o asustar al observador. En otros casos el individuo tiene la fantasía sexual de que el observador se excitará sexualmente. (...)15.

De manera coincidente, la Organización Mundial de la Salud define el exhibicionismo como la:

Tendencia recurrente y permanente a exhibir los genitales a extraños (habitualmente del sexo opuesto) o a personas que se hallan en lugares públicos, sin invitarlas ni intentar ningún contacto más íntimo con ellas. Habitualmente, pero no siempre, hay excitación sexual en el momento de la exposición, y la acción con frecuencia es seguida de masturbación.¹⁶

Entonces, se puede concluir que el acto o conducta exhibicionista, que es el que interesaría al derecho penal con independencia de si su autor reúne los criterios diagnósticos de una parafilia, tiene una faceta externa que consiste, generalmente, en la sola exposición de órganos genitales ante personas desconocidas. Entonces, salvo que existan manifestaciones objetivas adicionales, es la parte subjetiva o interna del autor la que determina la naturaleza sexual del acto, pues la excitación que este genera obedece a un impulso libidinoso **poco habitual**, es decir, alejado del estándar cultural y social sobre la sexualidad.

¹⁵ Ibidem, p. 538.

¹⁶ Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Relacionados con la Salud - Décima Revisión (CIE-10). www.paho.org (Organización Panamericana de la Salud – Organización Mundial de la Salud).

(iii) La «conducta o acto exhibicionista» en el derecho comparado.

En la mayoría de países del continente americano, el comportamiento del exhibicionista es objeto de prohibición penal expresa.

- En Argentina, el artículo 129, modificado por la Ley 25.087 de 1999 (art. 10), consagra el delito de *exhibiciones obscenas*:

Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros.

Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años.

La jurisprudencia de ese país ha aclarado que: «*La mera exhibición del cuerpo desnudo o de partes de este no constituyen obscenidad en los términos del artículo 129 CP si no han realizado actos o tenido actitudes tendientes a revestir la desnudez de una finalidad obscena*»¹⁷.

De otra parte, la Ley 5.742 de 2017 de la Ciudad de Buenos Aires, sanciona el «*acoso sexual en espacios públicos*» como una contravención que abarca «*las conductas físicas o verbales **de naturaleza o connotación sexual**, basadas en el género, identidad y/u orientación sexual, realizadas por*

¹⁷ TOC no 9 27/10/98 “P.S.A2. LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, ejemplar del 30/6/99”, citada por la sentencia dictada el 7 de marzo de 2016 por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Fallas de Buenos Aires, causa No 967-01-00/15.

una o más personas en contra de otra u otras, ..., creando en ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo ...» (art. 2). Entre tales conductas se destacan: «Comentarios sexuales, directos o indirectos al cuerpo», «Fotografías y grabaciones no consentidas», «Contacto físico indebido ...», «Persecución o arrinconamiento», «Masturbación o **exhibicionismo**, gestos obscenos u otras expresiones» (art. 3).

En la misma sintonía, a nivel nacional la Ley 27.501 de 2019 modificó la 26.485 de 2009, para incorporar el «acoso callejero» como «violencia contra las mujeres en el espacio público» que tiene lugar «... a través de conductas o expresiones verbales o no verbales, **con connotación sexual**».

- En Uruguay, la Ley 19.580 del 1 de diciembre de 2017 «contra la violencia hacia las mujeres basada en género», estableció que una forma de esta es el «acoso sexual callejero», el cual definió como «*todo acto **de naturaleza o connotación sexual** ejercida en los espacios públicos por una persona en contra de una mujer sin su consentimiento, generando malestar, intimidación, hostilidad, degradación y humillación*» (art. 6.k). En consecuencia, adicionó el artículo 273 bis del Código Penal para tipificar los *actos de exhibición sexual* así:

(Abuso sexual sin contacto corporal). El que ejecutare o hiciera ejecutar a otra persona actos de exhibición sexual ante una persona menor de dieciocho años de edad, será castigado con seis meses de prisión a tres años de penitenciaría.

- En Código Penal del Paraguay, sanciona los *actos exhibicionistas* con pena de multa, inclusive los que son realizados delante de niños:

Artículo 132.- Actos exhibicionistas. El que realizara actos exhibicionistas que produjeran una perturbación considerable o inquietaren en modo relevante a otra persona, será castigado con pena de multa. Se podrá prescindir de la ejecución de la pena cuando el autor se sometiera a un tratamiento idóneo. Será aplicable, en lo pertinente, el artículo 49.

Artículo 135.- Abuso sexual en niños.

(...).

5° Será castigado con pena de multa el que:

1. Realizara delante de un niño actos exhibicionistas aptos para perturbarle;

- En Chile, la Ley 21.153 del 3 de mayo de 2019 adicionó el artículo 494 ter. al Código Penal para tipificar el «*acoso sexual en espacios públicos*» como una **falta** (delito de menor gravedad), una de cuyas manifestaciones son los *actos de exhibicionismo obsceno*:

Comete acoso sexual el que realizare, en lugares públicos o de libre acceso público, y sin mediar el consentimiento de la víctima, un acto de significación sexual capaz de provocar una situación objetivamente intimidatoria, hostil o humillante, y que no constituya una falta o delito al que se imponga una pena más grave, que consistiere en:

1. Actos de carácter verbal o ejecutados por medio de gestos. (...).

2. Conductas consistentes en acercamientos o persecuciones, o **actos de exhibicionismo obsceno o de contenido sexual explícito**. (...).

- En Perú, la ley penal consagra las *exhibiciones y publicaciones obscenas* (art. 183) como «**ofensas al pudor público**», en los siguientes términos:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años el que, en lugar público, realiza exhibiciones, gestos, tocamientos u otra conducta de índole obscena.

Adicionalmente, la Ley para Prevenir y Sancionar el Acoso Sexual en Espacios Públicos del 5 de marzo de 2015:

El acoso sexual en espacios públicos es la conducta física o verbal **de naturaleza o connotación sexual** realizada por una o más personas en contra de otra u otras, quienes no desean o rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad, sus derechos fundamentales como la libertad, la integridad y el libre tránsito, creando en ellas intimidación, hostilidad, degradación, humillación o un ambiente ofensivo en los espacios públicos. (art. 4)

Entre las «manifestaciones del acoso sexual en espacios públicos», la misma ley describe los «*gestos obscenos*», «*tocamientos indebidos*», «*roces corporales*» y «**el exhibicionismo** o mostrar los genitales en el transporte o lugares públicos» (art. 6).

- En Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal contempla los tipos de *abuso sexual*¹⁸ (art. 170), y *acoso sexual* (art. 166) consagra el de *corrupción* que comete «*la persona que incite, conduzca o permita la entrada de niñas, niños o adolescentes a prostíbulos o lugares en los que se exhibe pornografía, ...*» (art. 169).

Por su parte, la Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género contra las Mujeres

¹⁸ «La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, ...».

de 2018, estableció que uno de los ámbitos donde esta se desarrolla es «el espacio público o callejero» (art. 11.i) y se manifiesta como:

... aquella acción física o verbal, **de naturaleza o connotación sexual**, no consentida que personas desconocidas dirigen hacia las mujeres en lugares o espacios públicos o privados de acceso público, que tienen como efecto humillar, intimidar, infundir miedo o afectar sus derechos al libre tránsito, a la seguridad y a la dignidad de los sujetos de protección de esta Ley. Consisten, entre otros, en actos de naturaleza sexual, verbal o gestual, comentarios o insinuaciones de carácter sexual, gestos obscenos, contacto corporal, roces corporales, captación de material audiovisual, abordaje, persecución, masturbación y **exhibicionismo**.

- En Costa Rica, el artículo 392 del Código Penal tipifica la conducta exhibicionista, es decir, la de *«quien, en lugar público, se mostrare desnudo o exhibiere sus órganos genitales»*, como una **contravención contra las buenas costumbres** sancionada con multa.

Pero, el pasado 14 de julio de 2020 la Asamblea Legislativa aprobó la ley que tipifica como delito el «acoso sexual callejero», pendiente sólo de la ratificación del presidente de la república, definiéndolo como:

... toda conducta **con connotación sexual** y con carácter unidireccional, sin que medie el consentimiento ni aceptación de la persona a la que está dirigida, con potencial de causar molestia, malestar, intimidación, humillación, inseguridad, miedo y ofensa, que proviene generalmente de una persona desconocida para quien la recibe y que tiene lugar en espacios públicos o de acceso público.

Uno de esos comportamientos prohibidos es el de mostrar los genitales en lugares públicos, que se castigará

con 6 meses de prisión y será agravado en caso de que la víctima sea menor de edad.

En el derecho europeo, pueden citarse los casos de España, Alemania y Francia.

- El Código Penal Español, luego de describir las conductas de *agresiones sexuales, abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años y acoso sexual*; proscribire «los delitos de exhibicionismo y provocación sexual», el primero de los cuales define así (art. 185):

El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

Sobre este delito, ha explicado la doctrina que:

El concepto de «exhibición» —a diferencia del de exhibicionismo, que está delimitado criminológica y médicamente— no implica una actitud de contenido sexual, dado que consiste pura y simplemente en mostrar algo en público. Es un mero elemento descriptivo del tipo. De ahí que **no podemos entender realizada esta parte del tipo con la mera desnudez del cuerpo, si con ello no se involucra al sujeto pasivo en un contexto sexual**. Es preciso que la exhibición pueda calificarse como «obscena» en el sentido del tipo, lo que alude a la intromisión que la forma de exhibición corporal comporta en la esfera sexual ajena precisamente por su carácter sexualmente provocador. (...)19.

(...).

..., la tipicidad de todos estos supuestos no puede depender del aspecto puramente impúdico o inmoral del comportamiento (atendiendo a referencias moralizadoras sobre lo que supera o no el nivel de lo tolerable por la sociedad), sino de si la acción es

19 BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. El delito de exhibicionismo, Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª Época, No 8º, 2001, p. 20.

idónea para afectar la libertad sexual de personas menores de edad o incapaces. Consustancial a ello es que **la acción exhibicionista tendrá que ser grave, es decir, suficientemente significativa de su carga erótica involuocradora.** (...)20. (Negritas fuera del original)

- En Alemania, la ley penal sanciona el *abuso sexual de niños* (§ 176), el *abuso sexual de menores de edad* (§ 182) y, luego, como una especie independiente, los *hechos exhibicionistas* (§ 183) con el siguiente tenor:

Un hombre que moleste a otra persona por medio de hechos exhibicionistas, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa.

- Y, el Código Penal Francés, bajo el capítulo «*De las demás agresiones sexuales*» dispuso en el artículo 222-32 que:

La exhibición sexual impuesta a la vista ajena en un lugar accesible a las miradas del público será castigada con un año de prisión y multa de 15.000 euros.

Después de este recorrido por las legislaciones penales de algunos países latinoamericanos y europeos, se puede concluir que:

1. Se prohíben y sancionan de manera expresa las exhibiciones obscenas o lascivas, o sea las de «*contenido sexual explícito*» (Chile), no la simple exposición de los órganos genitales.

2. Dichas conductas se han tipificado como un delito autónomo.

²⁰ Ibidem, p. 22.

3. Es definido por fuera o con independencia de la categoría tradicional de *abuso sexual*, salvo Paraguay y Uruguay, aunque en este último la mención es meramente nominal porque ya lo clasificó como «acoso sexual callejero».

4. Es un delito leve o de escasa gravedad porque así lo contemplan de manera expresa («falta» o «contravención») o porque son sancionados con penas menores, varias de las cuales consisten en multa.

5. En algunos casos, el acto exhibicionista es considerado como delito sexual y en otros, aún, como una conducta que afecta las «buenas costumbres» o el «pudor público», aunque la mayoría de legislaciones sudamericanas ya lo catalogan como un tipo de violencia de género.

(iv) Regulación de la «conducta exhibicionista» en Colombia.

Ni el código penal vigente (L. 599/2000) ni el anterior (D.L. 100/1980) prohíben los actos exhibicionistas, por lo menos no expresamente como sí lo hacía el expedido en el año 1936 (Ley 95) que los definía como un **delito contra la moral pública** en estos términos: «*El que en sitio público, ejecute o haga ejecutar exhibiciones obscenas, ...*» (art. 251). El antecedente de este tipo era el artículo 418 del Código Penal de 1890 que sancionaba la conducta de quienes «*se presentaren en estado de desnudez o tan mal cubiertos que se*

ofenda el pudor, ante personas de otro sexo, o en lugares públicos, ..., sin algún motivo suficientemente justificativo».

La desaparición del tipo autónomo de «exhibiciones obscenas» puede conllevar a una reflexión inmediata: esa conducta fue despenalizada de manera absoluta o, sencillamente, quedó subsumida, desde el Código Penal de 1980 y hasta el actual, en el delito de actos sexuales abusivos, concretamente en la modalidad consistente en realizarlos en presencia de los menores de 14 años. Una mirada a las características típicas descritas en el artículo 209 sustantivo vigente y a la evolución de los bienes jurídicos protegido en materia sexual, permite concluir que el planteamiento disyuntivo es equivocado porque algo de cierto hay en cada una de las opciones argumentativas expuestas.

De una parte, sí deben entenderse excluidas las conductas exhibicionistas que atenten exclusivamente contra una pretendida «moral pública», concepto que por su vaguedad y subjetivismo dejó de ser un bien jurídico tutelado desde el Código Penal de 1980, como ocurrió también con el «pudor sexual» en el posterior del año 2000; igual suerte corrieron los referidos comportamientos cuando se lleven a cabo ante personas mayores de 14 años porque para estas no se contempla como delictiva la sola percepción de actos libidinosos. Pero, de otra parte, si la conducta exhibicionista reúne las condiciones de un *acto de naturaleza sexual* y es presenciada por menores de la edad en mención, puede afectar la integridad y formación sexuales y, por ende, encajar en la segunda modalidad típica concebida en el precitado artículo 209.

Ahora bien, si a un adolescente mayor de 14 años o a un adulto se exhibe alguna parte del cuerpo, incluido un órgano genital, con la única finalidad de mancillar o menoscabar su honor; habrá que analizarse la eventual comisión de una *injuria por vías de hecho* (art. 226 C.P.) a través de una conducta con alguna connotación sexual, según la explicación que de esta modalidad típica se hizo en la sentencia SP107-2018, feb. 7, rad. 49799:

... se trata de las formas, distintas a las verbales, en que se ofende el honor de una persona, como cuando se le abofetea –sin que se trate, en estricto sentido, de lesiones personales-, escupe o somete a escarnio –despojarla de sus vestiduras, arrojarle excrementos, etc.-

Desde luego que el agravio, si ese es el querer del ofensor, puede ocupar matices sexuales, visto que éste es un aspecto que como el que más puede incidir en el honor de las personas.

Por ello, si es factible hablar de injurias verbales cuando se pone en tela de juicio el honor de una persona en esta materia, algo similar cabe predicar del mancillamiento por vías de hecho.

Es a esto a lo que atendió la Corte en decisión ya conocida (SP, oct. 26/2006, rad. 25743), ...,

No obstante, en la misma decisión se aclaró que «*si el acto o actos de claro contenido erótico-sexual, dirigido indudablemente a satisfacer la libido del sujeto activo, se manifiesta evidente, ajeno a la repentina y fugaz acometida, no es posible mutarlo hacia una conducta ontológica y jurídicamente diferente –injuria por vías de hecho–*». En consecuencia, una conducta que objetiva y subjetivamente

pueda catalogarse como sexual y el sujeto pasivo sea un individuo mayor de 14 años, sólo será típica si reúne los elementos de alguno de los *delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*.

Conforme a todo lo explicado hasta aquí, se puede concluir que ciertos comportamientos pueden tener alguna *connotación* sexual sin que, para efectos penales, alcancen a configurar un acto de esta *naturaleza*:

1. La tendencia normativa internacional es a considerar el *exhibicionismo* y otros actos con alguna significación sexual en espacios públicos, como una forma de violencia de género catalogada como «*acoso sexual callejero*», no como una modalidad de violencia o abuso sexual. En ese contexto, la mayoría de las legislaciones foráneas distingue, expresamente, entre actos de *connotación* y actos de *naturaleza* sexual²¹.

2. Los estados (americanos y europeos) que tipifican los actos exhibicionistas de manera autónoma, no abarcan la totalidad de estos sino los «obscenos»²² o, de manera más unívoca, los de *contenido sexual explícito* (Chile), sin perder de vista que, en todo caso, constituyen uno «*de los más bajos peldaños en la tutela del bien jurídico* [libertad e indemnidad sexuales]»²³, como lo demuestra la levedad de las penas que le son impuestas en comparación con las asignadas a las formas propias de violencia o abuso sexual.

²¹ Argentina, Uruguay, Ecuador, Perú y Costa Rica.

²² Argentina y España.

²³ Ibidem, p. 16.

3. La jurisprudencia de esta Sala ha admitido que actos humanos con algún tinte libidinoso no alcanzan la categoría de sexuales porque no trascienden al mundo exterior, lo hacen con una entidad insuficiente o a través de conductas inidóneas; en particular, se ha aclarado que la desnudez o exhibición de zonas corporales erógenas sólo configura una actividad sexual si es manifiesta o explícitamente sexual, acorde con la tendencia internacional.

Siendo así, la exhibición de órganos genitales ante niños o adolescentes menores de 14 años configurará la segunda modalidad típica del artículo 209 del C.P., siempre que constituya una conducta sexual explícita, lo que ocurrirá cuando el agente tenga ánimo libidinoso y, además, sus manifestaciones objetivas, más allá del simple desnudo, generen un contexto sexual, como por ejemplo aquél acompañado de palabras, comentarios, masturbación u otros gestos o movimientos corporales asociados al ejercicio de la sexualidad.

Dos razones adicionales cimientan aún más esa conclusión:

- Primera: el mismo legislador colombiano consideró, en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana (L. 1801/2016), que *«no constituyen actos sexuales o de exhibicionismo **los besos o caricias** que las personas, sin importar su género, color de piel, orientación sexual o identidad de género, manifiesten como expresiones de cariño, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad»*. En consecuencia, la percepción de esta clase

de conductas con alguna indiscutible significación sexual, aun cuando sea por niños o adolescentes, ni siquiera constituye una contravención policiva.

En otras palabras, en Colombia -así como en la mayoría de estados constitucionales y democráticos del mundo- existen actos de alguna connotación sexual cuya ejecución pública es tolerada o socialmente aceptada, aun cuando para algunos sectores de la población puedan considerarlos vulgares, inmorales, grotescos o impúdicos.

- Y, segunda: la educación sexual desde el nivel preescolar que permita *«desarrollar una sana sexualidad que promueva el conocimiento de sí mismo y la autoestima, la construcción de la identidad sexual dentro del respeto por la equidad de los sexos, la afectividad, el respeto mutuo y prepararse para una vida familiar armónica y responsable»*, constituye un imperativo y un objetivo común del sistema educativo colombiano (arts. 13.d y 14.e, L. 115/1994). Por tanto, la observación de la desnudez corporal inclusive desde temprana edad, más allá de los prejuicios morales que al respecto subsistan, por sí sola no constituye una conducta penalmente relevante.

En este punto, se comparte la opinión del doctrinante Luis Fernando Tocora que, aunque expuesta hace más de 20 años, conserva actualidad: *«Los prejuicios morales del **desnudo corporal**, de la virginidad, de las relaciones sexuales prematrimoniales, etc. están siendo replanteados por*

*ideas extractadas de la psicología, ...»²⁴. Y añade, en lo que resulta pertinente: «La educación sexual que ha llegado incluso a la escuela, entre otras instituciones, proporciona un nivel de impermeabilidad contra las **exhibiciones obscenas**, ...»²⁵.*

(v) Análisis del caso juzgado.

Como se explicó en el acápite 4.3.2., las pruebas incorporadas demostraron que el 20 de marzo de 2015, en una vía pública (callejón), JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO exhibió su pene de manera repentina a las hermanas L.A.L.G. -8 años- y M.P.L.G. -14 años-, quienes intentaron continuar su camino, pero el adulto se los obstaculizó moviendo su cuerpo de un lado a otro, ante lo cual aquéllas se devolvieron corriendo hasta un local comercial próximo.

Durante ese breve y sorpresivo acontecimiento, como bien lo indicó la defensora, no se demostró que el acusado entablara comunicación verbal alguna con las menores de edad, ni que se masturbara ni que realizara tocamientos en su cuerpo -ni siquiera el pene sostuvo con sus manos porque solo levantó la prenda de vestir que lo cubría-, ni tampoco que realizara gestos o movimientos faciales o corporales que insinuaran alguna práctica de naturaleza erótico-sexual.

Es más, el comportamiento del procesado fue tan equívoco que la niña L.A.L.G. declaró en juicio que manifestó

²⁴ TOCORA, Luis Fernando. *Derecho Penal Especial*, 6ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1998, p. 165.

²⁵ *Ibidem*, p. 167.

al administrador del negocio al que huyó que el exhibicionista las iba a robar. Este último, para evitar confusiones, es un argumento secundario o accesorio porque no puede sostenerse que la percepción del sujeto pasivo de una conducta sea la que determine su naturaleza, menos aún en tratándose de niños o niñas.

Por otra parte, según lo indicado en el acápite 4.3.1., la acusación refirió como único hecho jurídicamente relevante que «**el señor les había mostrado el pene**» a las menores L.A.L.G. y M.P.L.G., sin incluir otros elementos descriptivos que caracterizaran esa exhibición como una conducta de naturaleza sexual, ni siquiera aludió esa imputación fáctica a un especial ánimo del sujeto dirigido a la satisfacción de sus apetencias sexuales. De esa manera, se acusó a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO por la mera exhibición de un órgano genital y no por un acto de exhibicionismo sexual, conducta que, según lo explicado, no es típica por sí sola.

Ahora, aun cuando se admita que la hipótesis más plausible es que JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO pretendía la excitación o la satisfacción de su libido, porque enseñó un órgano directamente asociado a la sexualidad y la explicación alterna de que estaba orinando fue descartada; esa exhibición repentina no tuvo la idoneidad -objetiva- para configurar una conducta sexual explícita, es decir, careció de la capacidad para conducir a las espectadoras -y, en general, a un observador promedio- a un escenario inequívocamente libidinoso.

Claro está, fue un acto grotesco, vulgar, impúdico y degradante que generó malestar e intimidación en aquéllas, propio de un «*acoso sexual callejero*» que, hasta el momento, sólo se encuentra sancionado en el ámbito policivo, no en el penal como lo han hecho ya la mayoría de países de la región por constituir ese tipo de conductas en el espacio público una forma de violencia de género que es más grave cuando recae en mujeres menores de edad, como ocurrió en el presente evento.

Así las cosas, la decisión de condenar a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años* se fundó en una violación directa, por aplicación indebida, del artículo 209 del Código Penal, conforme a las razones expuestas.

4.3.3.2 Sobre la aplicación del artículo 226 del Código Penal.

Por algunos de los motivos ya indicados que resultan pertinentes ahora también pero, principalmente, porque ninguna prueba acreditó que el acusado haya tenido el propósito de agraviar la honra o integridad moral de M.P.L.G., quien ya había superado la edad de 14 años, se excluye también la aplicación del tipo de *injuria por vías de hecho* (art. 226); además, porque el precedente que así lo permitiría se refiere, como se verá, exclusivamente a la hipótesis de «*tocamientos fugaces e inesperados*» de partes íntimas, que no fue la juzgada en el presente evento.

En el caso juzgado, se demostró y así lo admitió la sentencia impugnada que JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO realizó la misma conducta frente a las hermanas L.A.L.G. y M.P.L.G., y que esta tuvo alguna connotación sexual. Al respecto, manifestó el Tribunal: «... los acontecimientos frente a ambas menores de edad se ejecutaron de manera concomitante y concurrente y que el comportamiento del procesado buscaba claramente un fin libidinoso, ...»; no obstante, enseguida advirtió que se vulneraron bienes jurídicos distintos por la desigual edad de las menores:

... se debe hacer diferencia en punto a las condiciones de cada una de ellas, pues en lo que se refiere a la menor de 14 años, con tal conducta se atentó contra la integridad sexual, mientras que respecto de la niña que escasamente superaba esta edad, el menoscabo fue para su integridad moral, siendo víctima del delito de “injuria por vías de hecho”.

Para soportar esa tesis, el juez de segunda instancia citó el criterio establecido en la sentencia SP15269-2016, oct. 24, rad. 47640, según el cual «si se trata de actos sexuales “fugaces, sorpresivos, realizados sin violencia sobre una persona capaz y sin su consentimiento”, el ilícito será el de “injuria por vías de hecho”». En consecuencia, consideró que el acusado agravio «la integridad moral y la honra de M.P.L.G., mediante la exhibición sorpresiva e inesperada de su miembro viril, cuya connotación sexual, permite colegir, a su vez, la poca estimación y ausencia de deferencia con la que la menor de edad fue tratada por el agresor, ...».

En la precitada sentencia, la Sala de Casación Penal reiteró la tesis expuesta desde la SP, oct. 26/2005, rad. 25743, en la que se explicó que:

La conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz sin su aquiescencia es, sin duda, un acto reprochable, sea que se realice súbitamente en vía pública –como en este caso- o en el servicio del transporte masivo o aprovechando las conglomeraciones humanas en manifestaciones, centros comerciales, espectáculos públicos, etc., pero no constituye actualmente un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales que consagra el título IV de la Ley 599 del 2000.

Objetivamente constituye, sí, delito de injuria, concretamente en su modalidad injuria por vía de hecho.

Ello, por cuanto esos tocamientos libidinosos *«fugaces e inesperados»* no están tipificados como delitos sexuales, no son idóneos para satisfacer la libido y, por ende, son insuficientes para lesionar el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales. Pero, en todo caso, sí *«afectan la dignidad de la persona agraviada, lesionan su integridad moral y constituyen actos de menosprecio al tratarla como objeto de lujuria, degradando su condición humana»*.

Esa postura fue reiterada, entre otras, en las sentencias SP, jul. 2/2008, rad. 29117; SP, nov. 5/2008, rad. 30305; y en la ya citada SP15269-2016, oct. 24, rad. 47640, en la que se insistió que *«si se trata de tocamientos fugaces, sorpresivos, realizados sin violencia sobre una persona capaz y sin su consentimiento, se hablará de injuria por vías de hecho»*.

Ya en la sentencia SP107-2018, feb. 7, rad. 49799, se precisaron los alcances del precedente en los términos explicados en el acápite anterior, es decir, que esos

tocamientos configuran *injuria por vías de hecho* siempre que: (i) sea repentino o fugaz y que, en todo caso, no alcance a constituir un acto de naturaleza sexual; y, (ii) que el ánimo del agente sea el de mancillar o menoscabar el honor de la persona agraviada.

Así las cosas, se reitera, el caso juzgado no guarda identidad fáctica con el precedente porque el acusado no ejecutó un tocamiento sino un acto exhibicionista y, además, no se demostró que persiguiera injuriar a unas menores de edad para él desconocidas, pues recuérdese que la hipótesis más plausible es que haya tenido un ánimo libidinoso.

De otra parte, en el ámbito de los delitos contra la *libertad, integridad y formación sexuales*, la conducta exhibicionista ejecutada ante personas mayores de 14 años, es decir, enseñarle a estas los órganos genitales, usualmente en lugares públicos y mediante una acción repentina, se advierte irrelevante desde el punto de vista típico, a más de por las razones antes expuestas, porque no es mediada por violencia (art. 205), ni por la puesta en incapacidad de resistir (arts. 207) o un aprovechamiento de esta (art. 210), ni por acoso sexual (art. 210A).

En esas condiciones, los actos exhibicionistas realizados por el acusado frente a M.P.L.G. son atípicos en el ámbito penal, sin perjuicio de que puedan configurar la infracción policiva prevista en el artículo 33.2.b del Código Nacional de Seguridad y Convivencia Ciudadana.

A más de todo lo anterior, la decisión del Tribunal de condenar por *injuria por vías de hecho* desconoció la identidad de la conducta ejecutada por JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO, porque no obstante afirmar que esta era objetiva y subjetivamente de carácter sexual, después la mutó a un agravio moral, no por la presencia de los elementos propios de una injuria, sino por un factor o circunstancia externa al acto exhibicionista ejecutado, cual fue la edad de una de sus espectadoras (L.A.L.G.) que, obviamente, impedía la configuración de un concurso de delitos sexuales.

Al efecto, recuérdese que si bien la ley penal prevé la hipótesis de que el sujeto «*con una sola acción ... infrinja varias disposiciones de la ley penal*» (art. 31 C.P.), conocida como concurso ideal²⁶ -heterogéneo-; su concreción dependerá de que esa *única conducta* reúna todos los caracteres típicos de los delitos involucrados y que sea idónea para vulnerar los bienes jurídicos que cada uno de estos proteja. De esa manera, dicho con las palabras del profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni: «*el concurso ideal requiere siempre una acción única, lo que supone que haya una identidad de acción, ...*»²⁷.

En síntesis, la aplicación del artículo 226 del Código Penal -en concordancia con el 220- al caso juzgado fue indebida, porque a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO se

²⁶ «*En el concurso ideal o concurso ideal propiamente dicho, hay una única conducta con pluralidad típica, es decir conducta única y tipicidad plural*». ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro. Derecho Penal – Parte General, edit. Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 829.

²⁷ Ibidem, p. 830.

imputó una conducta con significación sexual sin la concurrencia del ánimo de mancillar o agraviar la integridad moral de M.P.L.G., el que tampoco fue probado.

4.3.4 Consideraciones finales.

La defensora alegó que la sanción policiva de un acto exhibicionista (art. 33 L. 1801/2016) excluiría, por virtud del principio de *última ratio*, la aplicación de los más severos castigos penales, argumento sobre el cual son necesarias las siguientes precisiones:

Cierto es que la *pena* es un mecanismo jurídico extremo o último que utiliza el Estado para resolver los conflictos sociales, al que, por ende, sólo ha de acudir cuando otros instrumentos normativos no alcanzan a brindar protección adecuada a los bienes jurídicos y, en todo caso, cuando se trate de las formas más graves de agresión de estos últimos. En palabras del tratadista alemán Claus ROXIN:

... El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema -como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico técnicas, las sanciones no penales, etc.-. Por ello se denomina a la pena como la “última ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho Penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso esa no siempre de modo general, sino frecuentemente (...) sólo frente a formas de ataques concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal.

Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, ...²⁸

Así pues, la naturaleza subsidiaria del Derecho Penal es un mandato o directriz político-criminal para el momento en que el legislador establece o selecciona los mecanismos para la prevención, corrección y sanción de la afectación de los bienes más preciados para la respectiva sociedad²⁹. Una vez fijados estos en normas jurídicas, al juez corresponde su imperativa aplicación a los casos que sean sometidos a su conocimiento, por virtud del principio de legalidad.

Frente a casos como el juzgado, a más de que el tipo penal de *actos sexuales con menor de catorce años* tiene un sujeto pasivo cualificado de especial protección constitucional y que protege un bien jurídico no comunitario -como la tranquilidad pública- sino personalísimo -como es la *integridad y formación sexuales*-; el mismo legislador resolvió el eventual conflicto entre la acción policiva y otras que sean procedentes, mediante el criterio de la aplicación concurrente y la exclusión de la sanción policiva cuando la penal sea de igual naturaleza.

De esa forma, si un mismo comportamiento afecta la *convivencia y seguridad ciudadana* y, al tiempo, bienes jurídicos protegidos por otros ordenamientos como el

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, 2ª ed., Edit. Civitas, Madrid, p. 65.

²⁹ Ibidem, p. 67: «... la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador. (...). Por ello el principio de subsidiariedad es más una directriz político criminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación ...».

jurídico-penal, será objeto de los respectivos procedimientos y de las sanciones previstas en cada uno de estos. Es más, si resultaran aplicables una *pena* y una *medida correctiva* (policiva) idénticas, como sería por ejemplo una multa, prevalecerá la primera.

En efecto, el artículo 25 de la Ley 1801 de 2016 establece que «*quienes incurran en comportamientos contrarios a la convivencia serán objeto de medidas correctivas de conformidad con esta ley, **sin perjuicio** de las demás acciones que en derecho correspondan*».

Y, el párrafo 2 de esa misma prescripción, a más de avalar la hipótesis específica «*de que el comportamiento contrario a la convivencia **también constituya** una conducta tipificada en el Código Penal*», establece la primacía de la consecuencia punitiva así: «*... la medida correctiva a imponer **no podrá** tener la misma naturaleza que la sanción prevista en este último. La autoridad de Policía lo pondrá en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación e impondrá las medidas **de naturaleza distinta** previstas en el presente Código*».

No puede olvidarse, además, que la acción penal es independiente como se afirmó, entre otras muchas decisiones³⁰, en el auto AP7215-2014, nov. 26, rad. 44898, cuyas motivaciones resultan ahora pertinentes:

³⁰ Por ejemplo: las sentencias SP2920-2017, may. 8 2017, Rad. 48199; y la SP10803-2017, jul. 24, rad. 45446.

... una misma conducta antijurídica puede repercutir en diferentes ámbitos del ordenamiento nacional (civil, **policivo**, disciplinario, fiscal, **penal**, p.ej.). Es decir, un comportamiento único puede ser objeto de variados juicios de responsabilidad, cada uno de los cuales fundado en la naturaleza y requisitos de las disposiciones jurídicas especiales que lo regulen. Así pues, sólo de manera inapropiada puede predicarse la existencia de unidad -o acumulación- procesal entre investigaciones penales, disciplinarias y fiscales, que analizan la conducta humana desde diferentes ópticas y que generan consecuencias también diversas.

Por último, en esa misma línea, también ha advertido la Corte que *«un mismo comportamiento puede ser investigado en distintos ámbitos del derecho sancionador, como lo pueden ser el correccional, el fiscal, el disciplinario y el penal, sin que eso conlleve a una violación del principio non bis in ídem»* (SP4093-2014, abr. 2, rad. 36258).

4.3.5 Conclusión general.

Se accede a la pretensión casacional de la demandante, aunque por razones distintas a las alegadas.

En consecuencia, por la aplicación indebida de los artículos 209 y 226 del C.P., se casará la sentencia de segunda instancia que condenó a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO por los delitos de *actos sexuales con menor de catorce años e injuria por vías de hecho*, la que se sustituirá por una de carácter absolutorio.

Como quiera que, durante el trámite del recurso extraordinario de casación, la Sala recibió información de

que el acusado fue capturado para cumplir la pena de prisión³¹; se dispondrá su libertad inmediata e incondicional.

Así mismo, se ordenará al juzgado de primera instancia que proceda a cancelar las medidas cautelares personales y reales impuestas al acusado en el presente asunto, así como los registros y anotaciones que este mismo haya originado.

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 ley,

5. RESUELVE

Primero: **Casar** la sentencia de segunda instancia y, en consecuencia, **absolver** a JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO por los delitos de *actos sexuales con menor de catorce años e injuria por vías de hecho*.

Segundo: **Ordenar** la libertad inmediata e incondicional de JACK ALEXANDER DÍAZ AGUDO.

Tercero: **Ordenar** al juez de conocimiento que proceda a cancelar las medidas cautelares reales y personales impuestas

³¹ Folios 35-30 Cuaderno de la Corte.

al acusado en la presente actuación, así como los registros y anotaciones que se hayan originado.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.



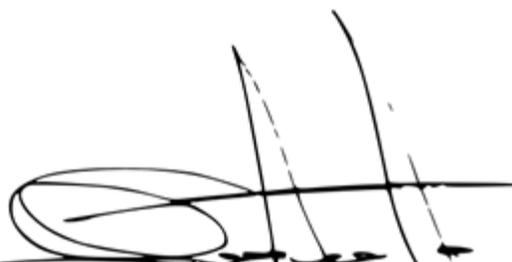
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado

in per...



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



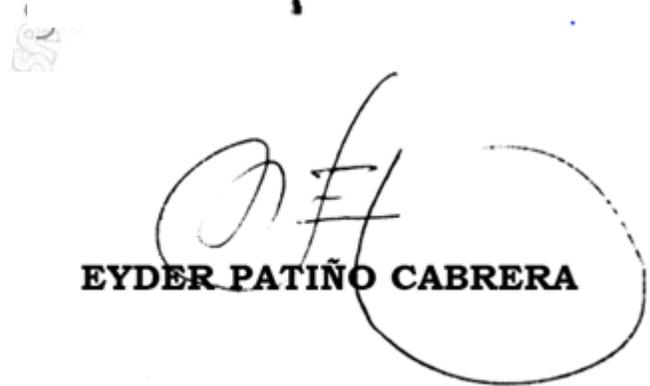
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

Sala Casación Penal@2020