



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP370-2021

Radicación N° 56659.

Acta 32.

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

La Sala decide la impugnación especial promovida por la defensa de **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO**, contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de agosto de 2019, mediante la cual revocó parcialmente el fallo absolutorio emitido por el Juzgado 16 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa ciudad, para en su lugar, condenarlo como autor responsable del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

En la ciudad de Bogotá, en el período comprendido entre el 13 de julio y el 22 de octubre de 2012, la menor D.P.P.D. de 12 años de edad, sostuvo conversaciones por la red social Facebook con **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO**, de 20 años de edad.

En dichas comunicaciones, además de compartir sus apetencias y fantasías sexuales, **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** incitó a la menor D.P.P.D., a tener relaciones sexuales con él, le envió imágenes de su miembro viril erecto y un link de una página pornográfica para que observara una felación, con la intención de que luego la realizara con él.

El 11 de octubre de 2012, tras un encuentro en la casa de la menor, **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** sostuvo relaciones sexuales vía oral y vaginal con D.P.P.D.

2. Procesales

Previo solicitud de la Fiscal 289 Seccional,¹ el 5 de febrero de 2013 se celebraron ante el Juzgado 43 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, las audiencias preliminares de legalización de captura,

¹ A folios 7 y 8, carpeta del juzgado.

formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO**, a quien se le atribuyó la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso heterogéneo con el reato de pornografía con personas menores de 18 años, en calidad de autor (artículos 208, 218 y 31 de la Ley 599 de 2000)², cargos que no fueron aceptados por el implicado.³

La fiscalía no solicitó medida de aseguramiento para el imputado, por lo que fue dejado en libertad.⁴

El 4 de junio de 2015, el fiscal presentó escrito de acusación⁵, que le correspondió al Juzgado 16 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, ante el cual se llevó a cabo la audiencia para tal fin el 14 de mayo del 2013, oportunidad en la que la fiscalía acusó a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** por el ilícito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años y modificó el delito de pornografía con personas menores de 18 años, por el reato de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años.⁶ Se reconoció la condición de víctima de la menor D.P.P.D.

La audiencia preparatoria se celebró el 27 de agosto de 2013. El juicio oral inició el 15 de abril de 2015, y luego de

² A partir del record 1:02:31.

³ A partir del record 00:11, registro 2.

⁴ A partir del record 7:01.

⁵ A folios 12 a 17, carpeta del juzgado.

⁶ A partir del record 16:12.

varias sesiones concluyó el 9 de diciembre de 2016, con el anuncio del sentido del fallo de carácter absolutorio.

El 3 de agosto de 2017 la juez decreto la nulidad de lo actuado y ordenó que se rehiciera en su totalidad la práctica probatoria por violación al principio de concentración e inmediación; decisión que impugnada, fue revocada por el superior mediante auto del 15 de septiembre de 2017.⁷ En consecuencia, la lectura de la sentencia absolutoria⁸ tuvo lugar el 31 de enero de 2018.

Recurrida la decisión por el apoderado de la víctima, el 22 de agosto de 2019,⁹ la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá revocó parcialmente el fallo confutado para, en su lugar, condenar a **JULIÁN DAVID GARCÍA TORO** en calidad de autor responsable del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, a 120 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa en cuantía equivalente a 67 s.m.l.m.v. Se negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Contra la anterior decisión, la defensora del procesado interpuso¹⁰ y sustentó impugnación especial,¹¹ por lo que

⁷ A folios 13 a 22, carpeta del Tribunal.

⁸ A folios 252 a 282, carpeta 1.

⁹ A folios 12 a 30, carpeta del Tribunal.

¹⁰ A folio 37, carpeta del Tribunal.

¹¹ A folios 41 a 54, carpeta del Tribunal.

mediante auto del 6 de noviembre de 2019,¹² el Tribunal ordenó remitir el expediente a esta Corporación.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El Tribunal inicia su argumentación manifestando que el primer punto de disenso planteado por el apoderado de la víctima está relacionado con la absolución a favor de **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** por el delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*.

Luego de realizar algunas precisiones normativas y dogmáticas sobre el error de tipo, el Tribunal refiere que dentro del presente asunto la Fiscalía no logró demostrar, más allá de toda duda razonable, que el procesado **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** sabía que D.P.P.D. era menor de catorce años para el momento en que se consumó la relación sexual, por lo que confirmó la sentencia absolutoria emitida en contra del implicado por el delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, al reconocer a su favor un error de tipo, tal y como lo consideró el *A-quo*.

Al respecto, dijo el *Ad-quem* que dentro del presente asunto se probó que la menor: (i) siempre le dijo al implicado que tenía 14 años de edad, cuando en realidad tenía 12 años; (ii) registró en su perfil de Facebook que contaba con 18 años de edad para acceder a esa red social; y, (iii) en las conversaciones sostenidas con el procesado, «intentó demostrar

¹² A folio 70, carpeta del Tribunal.

madurez y conocimiento en los temas objeto de conversación», al punto que le dijo que ya había tenido experiencias sexuales; circunstancias que generaron que el procesado incurriera en un error sobre la verdadera edad de la niña.

Lo anterior, sumado a que «no se demostró en juicio por parte de la fiscalía que existiera un hecho indicador que le permitiera a **García Bueno** inferir o cerciorarse de que aquella fuera menor de la edad que reiteradamente pregonaba. Es decir, no se determinó algo que le permitiera al encartado verificar que la menor no aparentaba la edad que decía tener, lo que en últimas le hubiera permitido salir de ese error o actualizar su conocimiento frente al mismo».¹³

Sobre el segundo punto de disenso, relacionado con la absolución a favor del implicado por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, dijo el Tribunal que dicha conducta sanciona «no solo a aquellas personas que buscan un lucro económico con la oferta de menores de edad con fines sexuales, sino también a quienes demandan el ofrecimiento, y a todo aquel que haga uso de los medios de comunicación con la finalidad de lograr contactos sexuales con personas menores de 18 años».¹⁴

Con ese entendimiento, el *Ad-quem* refiere que el procesado: (i) de manera sugestiva desvió la conversación a temas sexuales; (ii) le envió a la menor fotografías de sus genitales y videos con contenido pornográfico con el fin de

¹³ A folio 23, carpeta del Tribunal.

¹⁴ A folio 25, carpeta del Tribunal.

persuadirla a acceder a una relación sexual; y, (iii) pese a que incurrió en un error respecto de la edad de la menor, sabía que tenía menos de 18 años de edad.

Por lo anterior, concluyó que «no hay duda de que el hoy acusado, tras valerse de la red global de comunicación Facebook, puso sostener conversaciones de contenido explícito con la menor de edad D.P.P.D.L., con el fin claro de obtener de ella un provecho sexual, por lo que se cumplen los requisitos para proferir sentencia de carácter condenatorio...».

En consecuencia, condenó a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** en calidad de autor responsable del delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, a 120 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa en cuantía equivalente a 67 s.m.l.m.v.

IMPUGNACIÓN ESPECIAL

Refiere la defensa que el Tribunal se equivocó cuando consideró que el tipo penal de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, descrito en el artículo 219^a, sanciona a «todo aquél que haga uso de los medios de comunicación con la finalidad de lograr contacto sexual con personas menores de 18 años», pues, dicha conducta va dirigida «a sancionar la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes».

En efecto, el referido tipo penal: *(i)* se ubica en el capítulo que sanciona la explotación sexual; *(ii)* se tipificó como delito con el fin de «proteger a los menores de pederastas y aberrados sexuales que emplean canales de información magnética para manipular a los menores o hacer contacto con ellos a través de ciertos agentes turísticos...»; y *(iii)* si bien fue modificado por la Ley 1329 del 2009 para sancionar «no solo a quien promueve la explotación sexual, sino también al “cliente” al depositario final de estas conductas ilícitas y al intermediario, es decir al oferente», dichos comportamientos deben ser ejecutados en un contexto de explotación sexual.

Por lo tanto, el Tribunal aplicó de manera indebida el artículo 219A del Código Penal, dado que **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** no cometió la conducta en un contexto de explotación sexual.

De otro lado, asegura la libelista que el implicado no actuó con dolo, pues, «en su fuero interior no existía el conocimiento que su comunicación a través de la red global Facebook, podría constituirse en delito».

Dice la libelista que no cabe duda de que la menor y el procesado utilizaron los medios de comunicación y la red social Facebook para sostener conversaciones de contenido sexual; sin embargo, ello ocurrió «no como elemento o instrumento para favorecer la explotación sexual, sino como medio para mantener una relación con su interlocutora».

Afirma que la Ley «no sanciona cualquier tipo de comunicación

de contenido sexual que se tenga a través de las redes globales de comunicación o a través de la telefonía, sino aquella, que está dirigida inequívocamente a la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes».

Por lo anterior, solicita a la Corte revocar la sentencia impugnada para que en su lugar se absuelva a su defendido por el delito por el que fue acusado, por atipicidad de la conducta.

Intervención de los no recurrentes

El apoderado de la víctima:

Sobre el primer problema jurídico planteado por la impugnante, esto es, atipicidad objetiva de los hechos, refiere que el tipo penal de *utilización y facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años* no exige «que el uso de los medios de comunicación involucre explotación sexual en términos económicos o, lo que es igual, en términos comerciales».

Considera que, cuando la conducta se comete con fines económicos se está en presencia del delito de *demandas de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad* o *proxenetismo con menor de edad*, descritos en los artículos 217A y 213A del Código Penal, respectivamente, no obstante, ninguna de estas conductas le fue atribuida al procesado, en tanto que, en efecto, «al agresor sexual en sus conversaciones de Facebook no le planteó a la niña pagos o promesas de

pago en dinero, en especie o de retribución de cualquiera otra índole para obtener de ella actividades sexuales a sabiendas de que se trataba de una menor de 18 años».

Dice que «Si la voluntad del legislador hubiese sido que en este tipo penal se tuviesen en cuenta contenidos de naturaleza comercial o económica» así lo hubiese consignado en la descripción de la conducta, por lo que, incluir exigencias no descritas en la ley resultaría contrario al principio de legalidad y estricta tipicidad.

Además, el concepto de explotación sexual de menores no puede considerarse sólo desde la perspectiva comercial o económica, pues, «Basta con el propósito del abusador de satisfacer sus deseos sexuales para afirmar que se explota al menor con el que pretende lograr esa satisfacción libidinosa...».

Sobre el segundo problema jurídico planteado, esto es, atipicidad subjetiva de los hechos, manifiesta que en Colombia todas las personas mayores de edad conocen que no se pueden involucrar sexualmente con personas menores de 14 años, por lo tanto, el argumento de la impugnante conforme con el cual «no sabía que su comportamiento es delictivo y que corresponde al delito por el que se le condenó» no tiene asidero jurídico.

Dice que el procesado detectó la vulnerabilidad de la menor y se aprovechó de ello para (i) manipularla y convencerla de que se dejara explotar sexualmente para satisfacer su «pervertida ansia sexual»; (ii) conducirla a que la menor dijera que tenía 14 años de edad y amplia experiencia

sexual; (iii) mostrarle cómo debía realizar con él las prácticas sexuales, y (iv) finalmente convencerla de que lo dejara entrar a su casa para accederla carnalmente.

Por lo anterior, solicita a la Corte que confirme la decisión impugnada y, además, que la Sala considere «la posibilidad de restablecer los derechos fundamentales de la niña, vulnerados por la fiscalía, el juzgado de primera instancia y el Tribunal con la absolución por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, porque, en mi humilde opinión, no es cierto que la niña hubiese engañado al acusado en cuando a su edad».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por la defensa contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme se desprende del numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2018.

2. Sobre la doble conformidad judicial

De acuerdo con el numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política, conforme fue modificado por el acto legislativo No. 01 de 2018, todas las personas tienen derecho

a impugnar la primera sentencia condenatoria que se profiera en su contra.

Para materializar esa garantía - cuando el primer fallo de responsabilidad penal es emitido por un Tribunal Superior de Distrito Judicial en sede de control vertical de apelación - el interesado puede acudir al recurso extraordinario de casación o al de impugnación especial.

El segundo de tales mecanismos de control de las providencias judiciales, conforme lo precisó la Sala en la decisión CSJ AP1263-2019, Rad. 54215, está regido *sustancialmente* por las reglas, principios y lógica subyacente del recurso de apelación, lo que implica que quien lo promueve tiene la carga de explicitar los motivos probatorios y/o jurídicos del disenso y a ellos está limitada la competencia funcional de la Sala, salvo por los asuntos que les estén inescindiblemente asociados y los que oficiosamente deba examinar en garantía de los derechos de las partes.

De acuerdo con las anteriores precisiones, la Corte abordará el examen de la censura formulada por la defensora de **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO**, sólo en lo atinente a la condena por el delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, en tanto que el procesado fue absuelto en ambas instancias por el reato de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años* y es apelante único.

Ello implica la imposibilidad de que la Sala pueda atender la solicitud del apoderado de la víctima consistente en que de oficio se restablezcan «los derechos fundamentales de la niña» y condene a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** por esta última conducta, dado que con ello se vulnerarían los principios de *no reformatio in pejus* y limitación.

3. Sobre el proceso de adecuación típica de los hechos jurídicamente relevantes imputados al procesado

En la audiencia de formulación de imputación celebrada el 5 de febrero de 2013, la Fiscalía le imputó a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO**, además del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, el reato de *pornografía con personas menores de 18 años*, y manifestó lo siguiente: «...este tipo penal tiene diferentes verbos rectores, o sea, diferentes comportamientos que **permiten que se tipifique la conducta que usted realizó con esta menor, por medio de la red social de Facebook, el hecho en sí la fiscalía se lo imputa como la acción que usted desplegó para producir el intercambio de representaciones reales de actividad sexual que involucraban a una persona menor de 18 años**, por cuanto como quedara determinado en el registro civil de nacimiento de esta presunta víctima, para la época de los hechos contaba con escasos doce años de edad...».¹⁵

El defensor se mostró inconforme con la imputación por el delito de *pornografía con personas menores de 18 años* y le solicitó a la delegada de la Fiscalía que concretara los hechos

¹⁵ A partir del record 1:04:46.

jurídicamente relevantes que se adecuaban a dicho comportamiento,¹⁶ a lo que la delegada, luego de dar lectura a varias conversaciones sostenidas entre la menor y el implicado de contenido erótico y sexual, dijo lo siguiente:

«Estos correos, al igual que los restantes que también fueron aportados por el padre de la víctima, hacen referencia concretamente a este tipo de pornografía con persona menor de 18 años, en el sentido de que hubo representaciones reales de actividad sexual que involucren personas menor de 18 años de edad, dado que en todas estas conversaciones el contenido fue eminentemente libidinoso, y de acuerdo con lo que acabo de mencionar, esto llevo a que el indiciado, en palabras de él mismo, se masturbara utilizando para esta acción sexual a una persona menor de 12 años de edad, es por esta razón que se le hace la imputación de este tipo penal»¹⁷

En la audiencia de formulación de acusación celebrada el 14 de mayo del 2013, la fiscalía modificó la imputación y varió el delito de *pornografía con personas menores de 18 años* por el reato de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años* «atendiendo la particular circunstancia de los hechos jurídicamente relevantes y la conducta que se encaja dentro de esta actuación...», que reseñó así:

«...que al día siguiente, ante la angustia de lo que hubiese pasado con su hija le pidió le diera la clave para entrar a su computador, que se sentaron todos a mirar que era lo que había pasado, observando que este mismo hombre en su conversación con su hija le había dado su nombre completo con número de cédula para que le enviara dinero, que siguió leyendo el contenido de la conversación y observó que le decía a su hija “que quería darle besos, chuparle ese gallito, que ella se lo mamara, que la quería penetrar”

¹⁶ A partir del record 1:08:15.

¹⁷ A partir del record 1:12:19.

adjuntándole fotos del pene y links de páginas pornográficas, explicándole de manera detallada como ingresar a ellas...

Que posteriormente su hija le contó que había conocido a Julián David por una página de música, procediendo ésta a agregarlo al Facebook en donde empezaron a hablar y éste le hizo insinuaciones de tipo sexual.

Que después de ser amigos éste fue a su casa, la besó, la tocó por todo su cuerpo, que ella le decía que no lo hiciera porque tenía miedo, pero que él empezó todo agresivo y ella miró cuando él se bajó el jean, se sacó el pene y se lo introdujo en su vagina, que su hija lo que le había dicho a Julián, “que parara, que le dolía mucho” pero que éste siguió sin importarle hasta que le hizo salir sangre, que adicionalmente la había obligado a que le chupara su pene, se tragara el semen para luego penetrarla por la cola, que le dijo a la menor que se comprara unas pastillas de “posida” sino quería ser madre soltera, que a raíz de esta situación su hija ha cambiado mucho pues se observa muy callada». ¹⁸

No cabe duda de que en la construcción de los hechos jurídicamente relevantes la delegada de la Fiscalía le comunicó los cargos a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** a través de la relación del contenido de las evidencias y demás información recaudada, confundiendo los hechos jurídicamente relevantes con los medios de prueba; pese a ello, de dicha narración se puede extraer con facilidad el componente fáctico y jurídico de los cargos enrostrados, así (CSJ SP2042-2019, Rad. 51007):

Primer hecho: JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO sostuvo relaciones sexuales vía oral y vaginal con D.P.P.D., cuando ésta tenía 12 años de edad.

¹⁸ A partir del record 22:08.

Este hecho fue adecuado jurídicamente al delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, tipificación que no ofrece ninguna discusión; sin que, de otro lado, la Corte pueda hacer algún análisis sobre su configuración subjetiva, en tanto que, **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** fue absuelto en ambas instancias por esta conducta y es apelante único.

Segundo hecho: La menor D.P.P.D., quien para el período comprendido entre el 13 de julio y el 22 de octubre de 2012, tenía 12 años de edad, sostuvo conversaciones por la red social Facebook con **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO**, el cual contaba con 20 años de edad. En dichas comunicaciones, además de compartir sus apetencias y fantasías sexuales, **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** incitó a la menor D.P.P.D. a tener relaciones sexuales con él, le envió imágenes de su miembro viril erecto y links de páginas pornográficas.

Como se vio, este acontecer fáctico fue adecuado primero al delito de *pornografía con personas menores de 18 años*, y luego, en la acusación, al reato de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, conducta esta última por la que finalmente **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** fue condenado por el Tribunal; no obstante, la sola lectura de los hechos evidencia la ausencia absoluta del entorno de *explotación sexual de menores de edad* exigido en el último tipo penal referido, en tanto que dicha conducta exige para su debida adecuación típica el empleo de la tecnología con el fin de obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividades con fines sexuales con

personas menores de 18 años, esto es, de un ámbito orientado al ejercicio de la prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual; sin que ello de modo alguno quiera significar que dicho comportamiento sea atípico. Véase:

El artículo 219A del Código Penal, modificado por los artículos 13 y 4 de las Leyes 1236 de 2008 y 1329 de 2009, respectivamente, dispone:

«ARTÍCULO 219A. UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER SERVICIOS SEXUALES DE MENORES. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años».

La Corte, en la decisión CSJ SP4573-2019, Rad. 47234 analizó la tipicidad de la conducta punible que ahora se estudia y concluyó que tanto el ingrediente objetivo (*“utilizar o facilitar el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación”*) como el subjetivo del tipo (*“para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de dieciocho -18- años de edad”*) se deben entender en un ámbito orientado al ejercicio de la prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual, es decir, en un entorno de *explotación sexual de menores de edad*, entendiendo por este fenómeno *«la utilización*

de menores de dieciocho (18) años en actividades sexuales, pornografía infantil o adolescente y espectáculos sexuales en los que haya un pago o cualquier beneficio de otra índole para el menor o un intermediario»¹⁹.

Dada la absoluta pertinencia del citado precedente, de cara al caso que ahora se analiza, en la medida en que lo que se discute es precisamente el correcto entendimiento de este tipo penal, a continuación se transcribirán los argumentos que expuso la Corte para arribar a la referida conclusión:

«Tesis de la Sala: si no puede predicarse en una conducta que formalmente se ajuste a la descripción del artículo 219-A del Código Penal un contexto de explotación sexual, la acción será atípica, por ausencia de lesividad, al menos con menores entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años.

Las razones de esta postura son las siguientes:

4.1. *La voluntad expresa del legislador al crear el tipo del artículo 219-A del Código Penal fue «combatir la explotación sexual de la infancia ligada al turismo sexual»²⁰. Las reformas de las leyes 1236 de 2008 y 1329 de 2009 no variaron dicha intención. Por el contrario, la última disposición la confirmó.*

(...)

4.2. *La concurrencia en el tipo del artículo 219-A de un entorno de explotación contra menores, ya sea en la forma de prostitución infantil, turismo sexual o industria pornográfica ilícita, guarda coherencia tanto desde una perspectiva del orden jurídico interno como del derecho internacional.*

Por un lado, el tipo de *utilización o facilitación de medios de comunicación* está localizado en el Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial del Código Penal, que trata acerca “*DE LA EXPLOTACIÓN*” en los delitos sexuales. De ahí que, en principio, la afectación relevante del bien jurídico en tales conductas no podría comprenderse en ámbitos ajenos al constreñimiento o inducción a

¹⁹ “Adaptado de la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, 1996”.

²⁰ “Ponencia para primer debate al proyecto de ley 143 de 2001 Senado, 085 de 1999 Cámara, por medio del cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución, Gaceta del Congreso 160 de 2001”.

la prostitución, o la utilización de menores con el fin de prestar servicios sexuales.

Por otro lado, el tipo del artículo 219-A, así como los de los artículos 217-A (*demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho -18- años de edad*) y 218 (*pornografía con personas menores de dieciocho -18- años*) del Código Penal, entre otros, surgieron de la obligación adquirida por parte del Estado de habilitar mecanismos eficaces contra la prostitución infantil y el turismo sexual, como lo reconoció la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009 citada (2.1).

(...)

Por supuesto, aparte de la ubicación del tipo en el código, o de los compromisos adquiridos internacionalmente para la protección de la infancia (criterios que, en todo caso, tienen validez de interpretación), no se puede descartar, solo por esas razones, que la cobertura del tipo fuera más allá de sus fines iniciales o del bien jurídico llamado en un principio a tutelar. Sin embargo, como se verá, cualquier ampliación del tipo en entornos ajenos a la prostitución infantil, turismo sexual, etc., termina por contemplar conductas cotidianas y socialmente permitidas, o comportamientos ya previstos como delito y con pena menor.

4.3. *Al confrontarse con el artículo 209 del Código Penal, el tipo del artículo 219-A (interpretado como un delito que no implica un trasfondo de prostitución infantil, turismo sexual o industria pornográfica) deviene en el absurdo de que la sola intención de solicitarle con medios de comunicación a un menor de catorce (14) años actos sexuales distintos al acceso carnal sea mucho más grave que la materialización de dichos actos.*

(...)

4.4. *La conducta de realizar ofrecimientos sexuales a un menor de edad que no haya cumplido los catorce (14) años está prevista en el artículo 209 del Código Penal. Sería absurdo desde la perspectiva de la protección del bien jurídico tipificar dicho comportamiento con pena más grave solo por el hecho de usar la telefonía o cualquier otro medio de comunicación.*

El delito de *actos sexuales con menor de catorce (14) años* abarca tres (3) escenarios principales²¹: **(i)** la realización entre los sujetos de la conducta de actos sexuales diversos al acceso carnal, **(ii)** la

²¹ "Cf. CSJ AP, 5 dic. 2002, rad. 18883"

perpetración de actos sexuales en presencia de un menor de catorce (14) años y **(iii)** la inducción del sujeto pasivo a prácticas sexuales.

Por “inducir” se entiende la acción de «provocar o causar algo»²² y también «mover a alguien a algo o darle motivo para ello»²³. Hacer ofertas con fines sexuales a otro es una manera de inducirlo a prácticas sexuales, en tanto le está brindando motivos para incurrir en tales actividades, así no se consiga el resultado querido. Por ende, el simple hecho de pedirle al que no haya cumplido los catorce (14) años cualquier actividad de índole sexual se ajusta a la descripción típica del artículo 209 de la Ley 599 de 2000, bajo la variante de la inducción, y se sanciona con prisión entre nueve (9) y trece (13) años.

(...)

En otras palabras, cuando al menor de catorce (14) años se le hacen ofrecimientos sexuales, es víctima de un delito de *abuso sexual* (Capítulo II del Título IV del Código Penal: “DE LOS ACTOS SEXUALES ABUSIVOS”). Y cuando el agente busca o pide por cualquier medio comunicación la prestación de servicios sexuales con menores de dieciocho (18) años, se presenta una situación de *explotación sexual* sancionada por el tipo del 219-A (Capítulo IV del Título IV: “DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL”).

(...)

4.5. *Por fuera de contextos de explotación, la acción de solicitarle actividades sexuales a una persona con catorce (14) años o más debe ser atípica, sin importar el medio empleado.*

Los artículos 208 (*acceso carnal abusivo con menor de catorce -14- años*) y 209 (*actos sexuales abusivos con menor de catorce -14- años*) del Código Penal definen la edad (los catorce -14- años) a partir de la cual cualquier persona puede ejercer libremente su sexualidad.

(...)

Si la norma presume incapacidad para el libre ejercicio de una vida sexual en el menor de catorce (14), en un sentido contrario también admite que, desde esa edad, la persona ya puede decidir al respecto con plena autonomía y conforme a los dictados de su propia voluntad.

Lo anterior también conlleva la libertad de interactuar con otros en el ámbito sexual, bien sea buscando, aceptando o declinando

²² “Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Espasa, Madrid, Tomo II (h/z), p. 1234”.

²³ “Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Espasa, Madrid, Tomo II (h/z), p. 1234”.

contactos en tal sentido, o absteniéndose incluso de alguna vez tenerlos.

En este orden de ideas, ser sujeto de ofertas, solicitudes o sugerencias en temas sexuales es, para todos los asociados a partir de los catorce (14) años, una de las consecuencias del libre desarrollo de la personalidad, derecho fundamental que no ostenta “*más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*”, conforme a lo señalado en el artículo 16 de la Carta Política.

Situación distinta ocurre cuando las demandas, pedidos o propuestas sexuales provienen de contextos de explotación infantil. En esos casos, la especial protección para personas con menos de dieciocho (18) años se explica en atención de las restricciones a la autonomía y libertad a las cuales quedan sometidos cuando son reclutados en redes de turismo sexual, prostitución infantil o pornografía con menores, de suerte que su consentimiento incluso se consideraría inane sin importar que hayan alcanzado o no la edad legal para la aquiescencia. El trato diferente, por lo tanto, depende del ingrediente “*DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL*”, tal como lo sugiere el rótulo del Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial del Código.

(...)

4.6. *La interpretación del tipo del artículo 219-A sin un contexto de explotación sexual sanciona conductas íntimas o aprobadas socialmente, y en todo caso ausentes de menoscabo a cualquier bien jurídico.*

(...)

En resumen, el delito del artículo 219-A del Código Penal sanciona al usuario de cualquier medio de comunicación que por esa vía quiera obtener u ofrecer un servicio de explotación sexual (prostitución infantil, industria de pornografía ilícita o turismo sexual) con menores de dieciocho (18) años».

Finalmente, la Corte arribó a las siguientes conclusiones:

«**(i)** En situaciones ajenas a las de explotación, **la acción de realizar ofertas de connotación sexual a menores de catorce (14) años configura la conducta punible de actos sexuales con menor de catorce (14) años de que trata el artículo 209 del Código Penal,**

en la variante de “*inducir a prácticas sexuales*”.

(ii) Cuando el menor tiene más de catorce (14) años y no hay explotación, la conducta de pedirle relaciones sexuales o actos semejantes es atípica, ya sea realizada en forma directa, o bien por teléfono u otros medios de comunicación. Ello, por cuanto ya ostenta capacidad para ejercer de manera libre y consensuada su sexualidad.

(iii) La conducta de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años la realiza aquel que se vale del “*correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación*” **para ofrecerle a un menor u obtener de él la prestación de servicios de turismo sexual, prostitución o pornografía infantil.**

(iv) De no ser así, la conducta será atípica por ausencia de lesividad o se adecuará a otro delito (artículo 209 de la Ley 599 de 2000) si el sujeto pasivo aún no tiene catorce (14) años.

(v) La afectación del bien jurídico en las conductas del Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial de la Ley 599 de 2000 también dependerá de la constatación de un contexto de explotación sexual. En especial, la Sala ajustará a tal criterio la jurisprudencia que para el tipo del artículo 217-A desarrolló a partir del fallo CSJ SP15490, 27 sep. 2017, rad. 47862, con énfasis en el problema de si las ofertas de actividades sexuales remuneradas a menores de edad, por sí solas, constituyen o no explotación».

Ahora bien, encuentra la Corte pertinente traer a colación la reciente decisión CSJ AP4235-2020, Rad. 51626 mediante la cual la Sala ajustó la interpretación realizada en la sentencia referida anteriormente, pero respecto de la correcta comprensión del delito de pornografía con personas menores de 18 años descrito en el artículo 218 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009, así:

«De manera que no porque el tipo penal de pornografía haga parte del capítulo cuarto del Título IV que trata de la “*explotación sexual*”, eso significa que dicha conducta sea atípica si no incorpora la idea de explotación sexual como propósito final. Desde luego que la mayoría de conductas descritas en el artículo 218 del Código Penal tienen que ver con la explotación sexual y el uso comercial de la pornografía –principal razón de ser de la inclusión de esta conducta en el capítulo de la explotación sexual—, pero eso no limita otras lecturas posibles a partir de la expresión *para su propio uso*, frase que complica el ensayo de reducir el desvalor de la conducta exclusivamente a la finalidad, dejando de lado modalidades ofensivas de la conducta».

Dicho lo anterior, no cabe duda entonces que el comportamiento que se le imputó a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO**, consistente en sostener comunicaciones vía Facebook con la menor D.P.P.D. de 12 años de edad, mediante las cuáles la incitaba a tener relaciones sexuales con él, le envió imágenes de su miembro viril erecto y un link de una página pornográfica para que observara una felación, con la intención de que luego la realizara con él, se encuentra desprovisto de un entorno de explotación sexual de menores de 18 años, por lo que, como se dijo al inicio, dicha conducta es atípica del delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años*.

Dicho comportamiento se adecua al reato de *actos sexuales con menor de catorce años*, en tanto que, en situaciones ajenas a las de explotación, la acción de realizar ofertas de connotación sexual a menores de catorce (14) años configura la conducta punible de *actos sexuales con menor de catorce (14) años* descrito en el artículo 209 del Código Penal, en la variante de “*inducir a prácticas sexuales*”.

Por lo tanto, la Fiscalía General de la Nación se equivocó en el proceso de adecuación jurídica.

Tal yerro pudo haber sido enmendado por los falladores, en tanto que, conforme la Jurisprudencia de la Corte, el juzgador puede alterar la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes (SP, 27 jul. 2007. rad. 26468, CSJ SP17352-2016, rad. 45589, entre otras); sin embargo, ello no fue lo que ocurrió dentro del presente asunto.

En efecto, el *A-quo* absolvió a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** también por el delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años*, por considerar, acertadamente, que dicho comportamiento exige «que exista una explotación con fines sexuales», el cual no fue acreditado en el presente asunto.

Y, el Tribunal, acogiendo la teoría del caso de la Fiscalía, revocó dicha absolución y condenó a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** como autor responsable de ese reato, con lo cual incurrió en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219A del Código Penal, yerro

en el que se incurre cuando el juzgador resuelve el asunto propuesto con base en una norma jurídica que no era la llamada a regularlo porque el acontecimiento a juzgar no se adecuaba al precepto de aquella.

4. Resolución del caso concreto

Se debe partir de la base de que el comportamiento cometido por **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO**, se adecúa objetivamente al delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, en la medida en que se encuentra acreditado que (i) la menor D.P.P.D., en el período comprendido entre el 13 de julio y el 22 de octubre de 2012, tenía 12 años de edad; y (ii) en ese interregno el procesado sostuvo conversaciones de alto contenido sexual con ella por la red social Facebook, mediante las cuales la indujo a tener relaciones sexuales con él, al punto que le envió imágenes de su miembro viril erecto y un link de una página pornográfica para que observara una felación, con la intención de que luego la realizara con él.

Dicho esto, no puede pasarse por alto que las instancias absolviéron a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** por el delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años luego de considerar que, si bien, se acreditó la tipicidad objetiva de dicha conducta, en tanto que el implicado accedió carnalmente vía oral y vaginal a la menor D.P.P.D., a su favor concurre la eximente de responsabilidad penal por error de tipo sobre el ingrediente normativo del tipo penal – persona menor de 14 años-, el cual, no sobra recalcar, también se

encuentra presente en el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

Al respecto, las instancias consideraron que el procesado incurrió en un error sobre la verdadera edad de la niña, dado que la menor (i) desde la primera conversación que sostuvo con el implicado le manifestó que tenía 14 años de edad, cuando en realidad tenía 12 años; (ii) registró en su perfil de Facebook que contaba con 18 años de edad, para poder tener acceso a esa red social; y, (iii) participaba de manera activa en las conversaciones, haciéndole saber al procesado sus apetencias y fantasías sexuales, e informándole que ya había tenido relaciones de ese tipo. Sin que, de otro lado, se hubiera acreditado la existencia de algún hecho indicador que «le permitiera a **García Bueno** inferir o cerciorarse de que aquella fuera menor de la edad que reiteradamente pregonaba».

Luego, en estricto rigor lógico-jurídico y en virtud del principio de no contradicción, conforme con el cual una cosa no puede entenderse en dos dimensiones al mismo tiempo, si se reconoció a favor del procesado el error de tipo respecto del ingrediente normativo “*persona menor de 14 años*” exigido en el tipo penal de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años*, y, en consecuencia, se concluyó que **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** no sabía que D.P.P.D. era menor de 14 años para cuando sostuvo la relación sexual; en esa misma línea debe considerarse que, cuando mantuvo las conversaciones de contenido sexual explícito con la niña, el implicado tampoco tenía conocimiento de dicha

circunstancia, más aun, cuando éste último comportamiento antecedió al primero.

A este respecto, el apoderado de la víctima manifestó que el implicado manipuló a la menor para que dijera que tenía 14 años de edad y amplia experiencia sexual. No obstante, aparece probado que: *(i)* cuando la menor creó su perfil de Facebook, anotó que su fecha de nacimiento era el 3 de febrero de 1994, es decir, que tenía 18 años; *(ii)* el examen de las conversaciones sostenidas entre ellos revela que desde las primeras comunicaciones, esto es, antes de que iniciaran las insinuaciones sexuales y sin que el procesado se lo preguntara, la menor le hizo saber que ella tenía 14 años; *(iii)* al momento de rendir su testimonio, la niña dijo que siempre le manifestó a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** que descontaba 14 años de edad; y *(iv)* participaba de manera activa en las conversaciones, aun cuando no tenía conocimiento ni experiencia en lo sexual, por lo que buscaba respuestas en Google para hacerle creer al implicado lo contrario.

En un plano objetivo, de lo que los medios suasorios enseñan, para la Corte es claro que se presentaron factores concretos y expresos que, en efecto, pudieron llevar al acusado a asumir que la menor, cuando menos, ya había superado los 14 años; en contrario, ninguna de las pruebas recogidas por la Fiscalía y presentadas en juicio, advierten de la posibilidad de que el procesado, por encima de dichos factores, conociera para la fecha de los dos reatos objeto de

atribución penal, que en realidad la víctima mentía o contaba con edad inferior a los 14 años

5. Conclusiones

(i) La Fiscalía General de la Nación se equivocó en el proceso de adecuación jurídica.

(ii) El Tribunal incurrió en una violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219A del Código Penal.

(iii) La conducta cometida por el procesado JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO se adecua objetivamente al delito de *actos sexuales con menor de catorce años*.

(iv) En estricto rigor lógico, si se reconoció a favor del procesado el error de tipo respecto del ingrediente normativo “persona menor de 14 años”, exigido en el tipo penal de acceso carnal abusivo con menor de catorce años; en esa misma línea debe considerarse que, cuando mantuvo las conversaciones de contenido sexual explícito con la niña, el implicado tampoco tenía conocimiento de dicha circunstancia, más aún cuando éste último comportamiento antecedió al primero.

De conformidad con lo anterior, la Sala declarará la prosperidad del cargo formulado por la demandante,

radicado en la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219A del Código Penal.

En consecuencia, la Corte revocará parcialmente el fallo del 14 de noviembre de 2019, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** como autor responsable del delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años* para, en su lugar, absolverlo por ese reato, por lo que se revocará la orden de captura proferida en su contra.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: REVOCAR parcialmente el fallo del 14 de noviembre de 2019, por medio del cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO** como autor responsable del delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años*.

Segundo: ABSOLVER a JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO por el delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años*.

Tercero: REVOCAR la orden de captura N° 6315 de fecha 4 de septiembre de 2019, proferida en contra de **JULIÁN DAVID GARCÍA BUENO**.

Cuarto: En lo demás, el fallo impugnado se confirma.

Quinto: DEVOLVER el expediente a la instancia respectiva para que realice las comunicaciones a que hace referencia el inciso 2° del artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

Sexto: Esta decisión no admite recursos.

Notifíquese y cúmplase.



GERSON CHAVERRA CASTRO



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



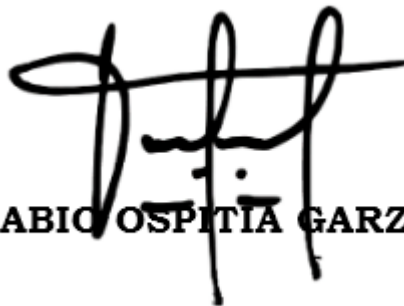
DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Martha Liliana Triana Suárez
Secretaria (e)