



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado ponente

SP4573-2019

Radicación 47234

Aprobado acta número 284

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación que presentó el apoderado de MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ contra la sentencia emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en la cual confirmó la pena de quince (15) años de prisión y doscientos veinte (220) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa que le impuso al procesado el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de esta ciudad, tras declararlo autor responsable por las conductas punibles de *constreñimiento ilegal, pornografía con personas menores de dieciocho (18) años, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años (en concurso) y acceso abusivo a un sistema informático.*

R. F. Carlier

I. SITUACIÓN FÁCTICA Y ANTECEDENTES

1. A MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ, un contador público residente en Bogotá que cumplió cincuenta (50) años de edad en el 2011, lo investigaron por realizar las siguientes acciones:

(i) En el 2009, contactar por la red social Facebook a José M., en aquel entonces de trece (13) años. Se identificó con el nombre de usuario 'Paola', que era una amiga de José M. Lo indujo a hablarle de temas sexuales (como la masturbación y experiencias similares) para pedirle que enviara fotografías de él desnudo, a cambio de las fotos que luego 'ella' le daría. José M. no aceptó tal oferta porque creyó que se trataba de una broma y, al día siguiente, advirtió que había sido pirateada su cuenta, pues no pudo ingresar al correo electrónico ni a la red social.

(ii) Desde agosto de 2011, sostener conversaciones por Facebook con Laura, de quince (15) años. Con el nombre de usuario 'Natalia' y fingiendo ser una joven de su misma edad, consiguió que ella le enviara fotografías suyas en ropa interior. Después le pidió desnudarse y masturbarse frente a la cámara del chat. Laura no quería, pero él la amenazó con publicar las fotos que ya le había mandado. Ella al final accedió. De esto, quedaron en la computadora de MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ el archivo de audio y video, al igual que varias fotos tomadas de allí en las que Laura aparecía desnuda.

(iii) En noviembre de 2011, usar el correo electrónico de José M. y enlazarlo con la cuenta de Facebook de este. Desde

Manuel

ahí, compartió con contactos en común las fotos y el video de Laura, que era amiga de José M. Esto lo hizo como retaliación ante la negativa de Laura de seguir desnudándose por el chat.

(iv) Días después, conversar con Sara, de trece (13) años. Se valió del nombre de usuario 'Luisa Fernanda', así como de la cuenta de Facebook de José M., desde la cual le envió fotos de su pene erecto. Trató con la menor de temas sexuales y le solicitó fotos sin ropa. Ella no aceptó, pero siguió hablando con él hasta que obtuvo una imagen de su rostro cuando se dejó ver por la cámara del chat.

Y (v) durante esa época hablar vía Facebook con José M., en aquel entonces con quince (15) años. Usando el nombre de 'Luisa Fernanda', le preguntó si era virgen y si se masturbaba. En el transcurso de la conversación, José M. advirtió que se trataba de la misma persona que había publicado las fotos y el video de Laura. Por este motivo, terminaron insultándose.

2. Debido a lo anterior, el 12 de julio de 2012, la Fiscalía General de la Nación le imputó a MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ los delitos de *pornografía con personas menores de dieciocho (18) años, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años (en concurso homogéneo), extorsión y acceso abusivo a un sistema informático*, según los artículos 31, 218, 219-A, 244 y 269-A de la Ley 599 de 2000, actual Código Penal, con las modificaciones que a los tipos básicos introdujeron los artículos 24 de la Ley 1336 de 2009, 4 de la Ley 1329 de 2009, 14 de la Ley 890 de 2004 y 1° de la Ley 1273 de 2009, respectivamente.

3
S. J. J.

Como el atribuido no aceptó cargos, la Fiscalía lo acusó por idénticos comportamientos el 29 de agosto de 2012. En la diligencia, el organismo acusador, además de encabezar que los hechos ocurrieron «desde el mes de agosto de 2011 hasta el mes de junio de 2012 [sic]»¹, efectuó estas precisiones:

(i) La menor Laura es sujeto pasivo en las conductas de *pornografía con personas menores de dieciocho (18) años* (por las fotos y video que de ella poseía el acusado y que además divulgó), *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años* (por solicitarle vía Facebook que se quitara la ropa con fines sexuales) y *extorsión* (por constreñirla para desnudarse y masturbarse ante la cámara).

(ii) José M., por su lado, es víctima en otro de los delitos de *utilización o facilitación de medios de comunicación* (porque el procesado también le solicitó que le enviara fotos desnudo), así como en el de *acceso abusivo a un sistema informático* (por entrar sin autorización a su cuenta de correo electrónico, a la vez enlazada con la de Facebook).

Y (iii) Sara es sujeto pasivo en la última de las conductas de *utilización o facilitación de medios de comunicación* (pues el acusado le ofreció por Facebook que intercambiaran material pornográfico e incluso le envió fotos de su pene erecto).

3. El juicio oral lo adelantó el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Bogotá, despacho que en fallo de 2 de junio de

¹ Folio 69 de la actuación principal.

4
2012
2012

2015 adoptó estas decisiones:

(i) Absolver a MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ por el delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años* contra Laura, debido a que no se demostró que «*la voluntad del procesado estuviera dirigida a ejercer [...] la explotación sexual de la infancia*»².

(ii) Variar la calificación jurídica de la conducta punible de *extorsión* por la de *constreñimiento ilegal* (artículo 182 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004), porque el agente no tuvo el propósito «*de lucrarse o beneficiarse económicamente, [sino] satisfacer las apetencias sexuales*»³.

(iii) Condenar al procesado como autor de los delitos de *constreñimiento ilegal, pornografía con personas menores de dieciocho (18) años, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años* (perpetrados contra José M. y Sara) y *acceso abusivo a un sistema informático* a quince (15) años (o ciento ochenta -180- meses) de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, doscientos veinte (220) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa y quince (15) años de prohibición de acercarse a las víctimas y sus familias o comunicarse con estas. Igualmente, no le concedió mecanismo alguno de sustitución de la pena

² Folio 258 de la actuación principal.

³ Folio 263 de la actuación principal.

5
S. J. P.

privativa de la libertad.

Y (iv) remitir copias de lo actuado a la Fiscalía General de la Nación para que se investigara al acusado por el material pornográfico con menores de edad (distinto al conseguido con Laura) que se encontró en su computadora.

4. Apelado el fallo por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 21 de septiembre de 2015, lo confirmó en los aspectos contemplados por el recurrente, relacionados con el respeto al principio de congruencia y la tipicidad de los delitos de *pornografía y utilización o facilitación de medios de comunicación*.

5. Contra la decisión de segunda instancia, el defensor de MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ interpuso, a la vez que sustentó, el recurso extraordinario de casación.

La Corte declaró ajustada a derecho la demanda el 15 de diciembre de 2015 y practicó la audiencia de sustentación el 24 de mayo de 2016.

II. LA DEMANDA

1. Propuso el recurrente dos (2) cargos. El primero, en amparo de la causal segunda de casación (“[d]esconocimiento del debido proceso”). Y el otro, con fundamento en la tercera (“manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba”). Los sustentó así:

1.1. *Violación del principio de congruencia*. Los jueces no

6
[Handwritten signature]

debieron degradar la conducta de *extorsión* que se le imputó al acusado por la de *constreñimiento ilegal*. La jurisprudencia de la Corte ha dicho que se puede variar la calificación jurídica en la Ley 906 de 2004 cuando la nueva imputación recae en un delito del mismo género. La *extorsión* protege el patrimonio económico; el *constreñimiento ilegal*, en cambio, la autonomía personal. La defensa del acusado fue sorprendida en el fallo de primera instancia con ese proceder, pues «*concentró todos sus esfuerzos a lo largo del proceso en demostrar que no había existido petición de carácter económico u otras prestaciones*»⁴. Por lo tanto, la decisión debió ser absolutoria en tal sentido.

1.2. *Violación indirecta de la ley sustancial*. Por un lado, las conversaciones que José M. dijo mantener con quien se hacía llamar 'Paola' «*tuvieron ocurrencia en el año 2009*»⁵. Pero, en la formulación de la acusación, «*los cargos que le endilgan [al acusado] tienen un límite temporal inicial en el año 2011*»⁶.

En cuanto al contacto que tuvo con 'Luisa Fernanda' en el 2011, «*la simple conversación o pregunta que se haga a un interlocutor que tenga algún tipo de contenido sexual [...] no constituye un ofrecimiento o petición de tipo sexual que satisfaga los requisitos del tipo*»⁷. Es decir, es ilógico estimar que «*mediante algunas preguntas atinentes a la masturbación se establezca la intención dolosa de obtener o solicitar algún contacto o favor sexual*»⁸. No hubo entonces delito en este caso.

⁴ Folio 36 del cuaderno del Tribunal.

⁵ Folio 40 del cuaderno del Tribunal.

⁶ Folio 40 del cuaderno del Tribunal.

⁷ Folio 40 del cuaderno del Tribunal.

⁸ Folios 40-41 del cuaderno del Tribunal.

7
Rojas

2. En consecuencia, solicitó a la Sala, en relación con el primer cargo, casar la sentencia del Tribunal para absolver a MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ de la conducta punible de *constreñimiento ilegal*. Y, respecto del segundo, casar para absolverlo por el delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación* contra José M.

III. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. El demandante reiteró los argumentos expuestos en su escrito. Adicionalmente, trajo a colación un fallo de la Sala (CSJ SP, 14 ag. 2012, rad. 39160) de acuerdo con el cual el tipo del artículo 219-A «*tiene que ver [...] con turismo sexual y con que verdaderamente se hagan ofrecimientos de tipo sexual [...] a menores de edad*»⁹.

2. La Fiscal Delegada ante la Corte pidió no casar el fallo recurrido. En relación con el primer cargo, manifestó que no se dio una violación al principio de congruencia, ya que tanto la *extorsión* (tipo 'pluriofensivo') como el *constreñimiento ilegal* protegen un idéntico bien jurídico (la libertad personal) y, por ende, aunque se ubican en títulos distintos, puede predicarse que son del mismo género, de acuerdo con las circunstancias del caso.

En lo concerniente al segundo cargo, señaló que le asiste razón a la sentencia de segunda instancia cuando precisó que para la configuración del delito de *utilización o facilitación* no

⁹ Archivo de audio y video 1-110010101001201647234110010101001 con el rótulo "CASACIÓN SUSTENTACIÓN", 12' 00" y ss.

Manuel

debe exigirse el fin de materializar turismo sexual, ya que se trata de una intención que la norma no contiene y, además, la conducta se agota con el solo ofrecimiento, sin que sea necesaria una respuesta de la víctima o la obtención del fin último perseguido por el agente. Añadió que el actor se valió de Internet para obtener favores sexuales de los adolescentes pidiéndoles que le enviaran desnudos, e incluso a una le pasó una foto del miembro viril, con lo cual incurrió en la conducta descrita por la norma.

3. El representante del Ministerio Público indicó que no debía prosperar el primer reproche, por cuanto la degradación del delito de *extorsión* al de *constreñimiento ilegal* obedece a una “*congruencia flexible*” que no riñe con la jurisprudencia de la Sala.

Respecto del segundo cargo, solicitó casar la sentencia y absolver por los delitos de *utilización o facilitación de medios de comunicación*. Señaló que el tipo del artículo 219-A no fue perpetrado desde el punto de vista subjetivo, toda vez que «*no se confirmó que los sistemas de comunicación tecnológicos utilizados por el procesado lo fueran para promover, facilitar o ayudar a que se ejerciera la prostitución con menores de edad*»¹⁰. Es decir, la conducta que debe ser reprochable es «*una forma de prostitución moderna, donde se utilizan los avances tecnológicos en comunicación para obtener empalmes [...] con menores de edad*»¹¹. Por lo tanto, el comportamiento

¹⁰ Archivo de audio y video 1-110010101001201647234110010101001 con el rótulo “CASACIÓN SUSTENTACIÓN”, 19’ 40” y ss.

¹¹ Archivo de audio y video 1-110010101001201647234110010101001 con el rótulo “CASACIÓN SUSTENTACIÓN”, 21’ 30” y ss.

5
2016

del acusado sería atípico en tal sentido.

IV. CONSIDERACIONES

1. Precisiones iniciales

La Sala no se ocupará de resolver el primer reproche que planteó el demandante en el escrito, pues operó el fenómeno de la prescripción respecto de la conducta punible pertinente (*constreñimiento ilegal*) por la que hubo condena de los jueces.

Como dicha prescripción se configuró antes de proferirse el fallo de segundo grado, la Sala lo casará de manera oficiosa y parcial, así como realizará el reajuste que corresponda en la dosificación de la pena (2.2. y 7). Y, en todo caso, expondrá las razones por las cuales la correcta calificación jurídica de la conducta en este asunto no era la de *constreñimiento ilegal* sino un *acto sexual violento* (2.3)

Adicionalmente, aprovechará esta oportunidad con el fin de complementar, así como de unificar (debido a las posturas contradictorias que ha planteado al respecto), el régimen de la prescripción en la Ley 906 de 2004 una vez emitido el fallo de segunda instancia (2.1).

A continuación, abordará la respuesta al segundo cargo de la demanda (3.1), a la vez que planteará un nuevo problema jurídico, derivado de los argumentos de quienes intervinieron en el juicio oral (3.2). Esto suscitará un análisis del delito del artículo 219-A de la Ley 599 de 2000 en particular, y del bien jurídico en los delitos que tratan de la explotación sexual en

general (4 y 5), circunstancia que concluirá con otra casación oficiosa a la sentencia y la respectiva dosificación punitiva (6 y 7).

2. De la prescripción en la Ley 906 de 2004 luego de proferirse la sentencia de segunda instancia (unificación jurisprudencial). Decisión en el caso y calificación jurídica

2.1. Han sido reiteradas y unánimes las decisiones de la Corte de acuerdo con las cuales el término de prescripción en la Ley 906 de 2004, una vez producida la interrupción con la formulación de la imputación, corresponde (en lo general) a la mitad de la pena máxima fijada en la ley, sin que pueda ser inferior a tres (3) años ni exceder de diez (10).

Lo anterior, conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, en armonía con el artículo 292 del Código de Procedimiento:

Artículo 83- [Código Penal]. Término de prescripción de la acción penal. La acción penal prescribirá en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo. [...]

Artículo 292- [Ley 906 de 2004]. Interrupción de la prescripción. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la prescripción.

Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.

Según el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, tal término se suspende con la emisión del fallo de segundo grado:

Artículo 189-. Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años.

La Sala ha interpretado este artículo de distintas formas. Por un lado, la del auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867, en el cual sostuvo que «el sentido del artículo 189 consiste en que una vez proferida la sentencia de segunda instancia se suspende el término de prescripción, suspensión que no puede ser indefinida al establecerse el plazo máximo de cinco (5) años»¹². Es decir, que el término de la prescripción iniciado a partir de la formulación de la imputación se detiene durante cinco (5) años (y, luego, seguiría corriendo).

Por otro lado, la del fallo CSJ SP16269, 25 nov. 2015, rad. 46325, según la cual el artículo 189, al ser interpretado de modo sistemático con el artículo 192 de la Ley 906 de 2004, establece que «el término para la extinción de la acción penal una vez proferida la sentencia de segunda instancia fluctuará entre un mínimo de tres (3) años y un máximo de cinco (5) años»¹³.

Tras examinar nuevamente las tesis y las disposiciones involucradas, la Sala concluye que la única interpretación al artículo 189 de la Ley 906 de 2004 viable es la contenida en

¹² CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867.

¹³ CSJ SP16269, 25 nov. 2015, rad. 46325.

12
5

el auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867.

Las razones son claras:

(i) En el fallo CSJ SP16269, 25 nov. 2015, rad. 46325, la Corte incurrió en el error de asimilar los términos “suspensión” e “interrupción”.

Esto fue lo que le permitió a la Sala concluir que, a partir del fallo de segundo grado, se interrumpía otra vez el plazo de la prescripción y este volvía a correr de nuevo por la mitad de la pena y un máximo de cinco (5) años, a lo cual le agregaba un mínimo de tres (3) años dada la remisión al artículo 192 del Código Procesal, que regulaba la figura de la interrupción.

El error, sin embargo, es evidente. No se puede confundir la “*interrupción de la prescripción*” con la “*suspensión*” de esta. La primera expresión implica «*cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo*»¹⁴; la segunda quiere decir «*detener o diferir por algún tiempo una acción u obra*»¹⁵. No había lugar a una interpretación sistemática entre los artículos 189 y 292 de la Ley 906 de 2004 porque no eran conceptos equivalentes ni semejantes.

En el artículo 189 del Código de Procedimiento Penal, entonces, no se predica un nuevo término de prescripción de la acción penal. Simplemente, como se sostuvo en CSJ AP, 21

¹⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, 2014, Tomo II (h/z), p. 1289.

¹⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, 2014, Tomo II (h/z), p. 2061.

13
PARRA

mar. 2007, rad. 19867, que el lapso desde la interrupción por formular la imputación se detiene (o suspende) durante cinco (5) años, situación que a la postre implica (pasados esos cinco -5- años) continuar con dicho lapso.

Y (ii) la interpretación del auto CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867, se sustenta con la voluntad del legislador, de acuerdo con la cual debía evitarse que los procesos prescribieran en sede de casación.

Así lo explicó la Sala en su momento:

Cuando se presentó en el Congreso Nacional el proyecto de ley del nuevo Código de Procedimiento Penal, con clara tendencia acusatoria, de acuerdo con la Gaceta del Congreso de Senado y Cámara de 25 de marzo de 2004 y de las normas aprobadas en dicha Corporación por la Comisión del Proyecto de Ley 001 de 2003, se advierte que el texto original de la norma 189 de la Ley 906 de 2004 se redactó de la siguiente manera:

“Artículo 183. Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción”.

De ahí que sea válido entender que nuevamente la intención del legislador al confeccionar dicho precepto fue la de evitar que en sede de casación la acción penal de los procesos se extinguiera por razón de la prescripción.

El anterior texto se mantuvo en el informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 001 de 2003, tal como se avizora del contenido del artículo 183.

No obstante, en la Gaceta del Congreso de 4 de mayo de 2004, referente a los textos definitivos, el citado artículo 183, luego del estudio conjunto de las Comisiones respectivas del Senado y de la

Manuel Augusto Parra Jiménez

Cámara, sufrió la siguiente modificación:

"Suspensión de la prescripción. Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años".

La anterior modificación fue reiterada en los posteriores debates [...]. Es decir, que la suspensión de la prescripción no podía ser superior a cinco (5) años.

[...] De lo expuesto se puede concluir:

Que la intención del legislador para consagrar la suspensión de la prescripción fue la de impedir que por virtud del trámite de casación la acción penal se extinguiera y, por lo mismo, se generara la correspondiente impunidad.

Que la citada suspensión no puede exceder el plazo de cinco (5) años¹⁶.

En este orden de ideas, la Corte unifica la jurisprudencia acerca de la prescripción de la acción penal en el sentido ya declarado en la decisión CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867.

En todo caso, esta quedará precisada así:

(a) El término de prescripción de la acción penal es, en principio, el señalado en el artículo 83 de la Ley 599 de 2000. Es decir, corresponde (en términos generales) al máximo de la pena de prisión fijada en la ley, sin que sea inferior a cinco (5) años ni superior a veinte (20), salvo lo dispuesto en las demás disposiciones de dicho artículo.

¹⁶ CSJ AP, 21 mar. 2007, rad. 19867.

(b) En la Ley 906 de 2004, dicho término se interrumpe con la formulación de la imputación, tal como lo contemplan los artículos 86 de la Ley 599 de 2000 (inciso 1º) y 292 del Código de Procedimiento Penal.

(c) Producida dicha interrupción, el término prescriptivo corre de nuevo, según lo prevé el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004, por un tiempo equivalente a la mitad del indicado en el artículo 83 del Código Penal, sin que sea inferior a tres (3) años.

(d) Este término se suspende (esto es, se detiene) cuando se profiere el fallo de segunda instancia. Dicha suspensión no puede ser superior a los cinco (5) años.

Y (e), ya agotado el tiempo de la suspensión (es decir, los cinco -5- años), el término de la prescripción de la acción que se estaba contando desde la formulación de la imputación se reanuda hasta su vencimiento. Con lo anterior, se pretende que ninguna conducta punible prescriba en sede de casación.

2.2. En el caso concreto, el delito de *extorsión* que fuera atribuido por la Fiscalía tanto en la diligencia de imputación como en la de acusación al final terminó siendo declarado por los jueces de ambas instancias como una conducta punible de *constreñimiento ilegal*, señalada en el artículo 182 de la Ley 599 de 2000 y este, a su vez, modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

Según pacífica y reiterada jurisprudencia, los cómputos para la prescripción de la acción penal deben sustentarse en

5/16/05
M. J. Jimenez

la calificación jurídica consignada en el fallo de instancia. O, en otras palabras, «la calificación asumida en la sentencia, aun no estando ejecutoriada, tiene calidad definitiva para todos los efectos legales, incluida la prescripción»¹⁷.

De esta manera, el delito de *constreñimiento ilegal* por el cual MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ fuera condenado por las instancias tiene una pena máxima de tres (3) años de prisión. Lo anterior significa que, producida la interrupción del término prescriptivo dada la formulación de la imputación el 12 de julio de 2012, este volvía a correr de nuevo por un lapso que según el inciso 2º del artículo 292 de la Ley 906 de 2004 no podía ser inferior a tres (3) años. Esto es, que dicho plazo se agotaba el 12 de julio de 2015.

Sin embargo, el fallo de segunda instancia (que en virtud del artículo 189 del Código de Procedimiento Penal hubiera suspendido tal término) fue proferido el 21 de septiembre de 2015, es decir, más de tres (3) años después. Por lo tanto, la acción penal por la conducta punible de *constreñimiento ilegal* en la actualidad se encuentra prescrita.

Como el Tribunal no reparó en ello, violó directamente la ley sustancial por aplicar de manera indebida el artículo 182 del Código Penal, que consagra el delito de *constreñimiento ilegal*, y por dejar de aplicar los artículos 83 de la Ley 599 de 2000 y 292 del Código de Procedimiento Penal, que regulan las normas concernientes a la prescripción de tal delito.

¹⁷ CSJ SP1767, 23 may. 2018, rad. 52566. En el mismo sentido, CSJ AP, 28 abr. 2004, rad. 22058; CSJ AP 21 en. 2008, rad. 22660; CSJ AP, 27 oct. 2008, rad. 30641; CSJ AP, 20 may. 2009, rad. 31171; CSJ AP, 29 sep 2010, rad. 34613; entre muchas otras.

17
Rojas

La Sala, por consiguiente, casará oficiosa y parcialmente el fallo de segunda instancia para declarar prescrita la acción penal por la conducta punible de *constreñimiento ilegal*. El respectivo reajuste de la pena se efectuará más adelante (7).

2.3. Dicho sea de paso, la Sala no puede desconocer que la conducta desde el punto de vista fáctico aquí contemplada en realidad no se ajustaba a un delito de *extorsión* ni a uno de *constreñimiento ilegal*. Lo que en últimas cometió el acusado fue una conducta de *acto sexual violento* prevista en el artículo 206 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 2 de la Ley 1236 de 2008:

Artículo 206.- Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años.

En efecto, el núcleo básico de la imputación consistió en exigirle a una joven desnudarse y masturbarse frente a una cámara, a cambio de no divulgar material íntimo que el sujeto agente ya tenía de ella. Es decir, MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ perpetró "*en otra persona*" (Laura, de quince -15- años) un "*acto sexual diverso al acceso carnal*" (grabarla a ella mientras se desnudaba y se tocaba) por medio de la "*violencia*" (de carácter moral: doblegó su voluntad amenazándola con publicar fotos suyas en ropa interior).

Es cierto que en algunos sectores de la doctrina penal se ha desprendido de la expresión "*realizar en otra persona acto sexual*", obrante en dicha norma, cierta exigencia de contacto físico entre ambos sujetos de la conducta. Esta postura, sin

12
S
PARRA

embargo, no es acertada. Es posible efectuar actos sexuales diversos al acceso carnal en otro, mediante la violencia, sin la necesidad de tocarlo. Piénsese, por ejemplo, en el que apunta con un revólver a una persona y le pide desnudarse mientras él se masturba. Nadie dudaría de que el agente realizó un acto sexual sobre el sujeto pasivo, así nunca hayan llegado a tener contacto físico. O lo que pasó en este asunto: el contacto entre los sujetos era virtual, por vía de la función de cámara de una red social, y no obstante el agente obligó con amenazas a la víctima a grabarla en un video de índole pornográfica. El tipo que se configuró fue el del artículo 206 (no el artículo 182 ni el 244) del Código Penal.

La Sala, sin embargo, no irá más allá de esta aclaración. Como se precisó (2.2), la calificación jurídica de la conducta que debe tenerse en cuenta para los efectos de la prescripción es la que aparece en los fallos de instancia y, en este asunto, los jueces consideraron (de manera equivocada) que dicho comportamiento equivalía a un *constreñimiento ilegal*. Y, aun en el evento de que la conducta no hubiera prescrito, en tanto recurrente único, el acusado ostentaría el derecho a que no se le reformara en perjuicio suyo la sentencia confirmatoria de segundo grado.

3. De la demanda. Nuevo problema jurídico

3.1. En cuanto al segundo cargo de la demanda, este no está llamado a prosperar. Por una parte, el abogado partió de un presupuesto contrario a la realidad de lo actuado. Dijo que a MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ la Fiscalía tan solo le atribuyó la conducta realizada contra el menor José M. que

ocurrió a partir del 2011. Eso no es cierto. En el escrito de acusación y en la audiencia de formulación respectiva, el ente acusador le imputó al procesado la conversación que «desde agosto de 2009»¹⁸ él sostuvo «a través del Facebook de Paolo»¹⁹ con José M.

El yerro en este asunto consistió en la manera imprecisa y genérica con la cual la Fiscalía encabezó la época en que se presentaron los hechos: «desde el mes de agosto de 2011 al mes de junio de 2012»²⁰. Dicha imprecisión fue reiterada en las sentencias de instancia. El juez de primer grado indicó que los hechos se dieron «[e]ntre agosto de 2011 y mediados de 2012»²¹. Y el Tribunal, a su vez, aseguró que tuvieron lugar «entre agosto de 2011 y junio de 2012»²².

Todo esto, sin embargo, fue intrascendente. En la parte motiva de la providencia de primera instancia, se le reprochó al acusado la conversación que tuvo con José M. «el día previo a la intrusión abusiva de su cuenta de Facebook»²³, la que, según el propio relato del menor, fue «aproximadamente en el 2009»²⁴. Y, en la sentencia de segunda instancia, la época en que ocurrieron los hechos ni siquiera fue tema de discusión.

Por otra parte, y a raíz de lo anterior, termina siendo por completo inane examinar si en la charla de noviembre de 2011

¹⁸ Folio 67 de la actuación principal.

¹⁹ Folio 67 de la actuación principal.

²⁰ Folio 68 de la actuación principal.

²¹ Folio 282 de la actuación principal.

²² Folio 10 del cuaderno del Tribunal.

²³ Folio 257 de la actuación principal.

²⁴ Folio 275 de la actuación principal.

20
M. J. Jimenez

hubo propuestas de connotación sexual entre el acusado y el menor. Esto, no solo por lo que se indicará más adelante (6.1), sino además porque la acción sujeta a responsabilidad penal igual quedaría circunscrita a la conversación de 2009, cuando José M. tenía trece (13) años.

El reproche, entonces, está destinado al fracaso.

3.2. A pesar de lo dicho, la Sala advierte un tema jurídico más importante que se deriva de los argumentos que en apoyo del segundo reproche presentaron tanto el demandante como el delegado del Ministerio Público y que podría resolverse por la vía de la casación oficiosa, debido a una evidente violación directa de la ley sustancial.

Dicho asunto implica analizar si el tipo del artículo 219-A de la Ley 599 de 2000 (*utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho -18- años*) requiere de un trasfondo de prostitución infantil o de explotación vinculada con el turismo sexual, etc., o de un ánimo dirigido a tales propósitos.

El Procurador Delegado, al respecto, señaló que el delito del artículo 219-A del Código Penal debe contemplarse como una forma de "*prostitución moderna*", en la que el sujeto busca mediante medios masivos de comunicación la prestación de servicios sexuales por parte de menores de edad. Se trataría, por ende, de un ingrediente del tipo no probado en este caso.

El demandante, a su vez, citó como si fuera precedente el fallo de la Sala CSJ SP, 14 ag. 2012, rad. 39160, en el cual

se hizo un estudio de los antecedentes legislativos del artículo 219-A de la Ley 599 de 2000 y se afirmó que «*la intención del legislador era “combatir la explotación sexual de la infancia ligada al turismo sexual”*»²⁵. Dicha proposición, sin embargo, obedeció a un comentario de pasada que no hizo parte de la tesis central de la sentencia, en la que se resolvió un concurso aparente de tipos entre los artículos 213-A (*proxenetismo con menor de edad*) y 219-A del estatuto punitivo²⁶.

El problema, por lo tanto, no ha sido abordado de fondo por la Corte. De ahí que, a continuación, la Sala estudiará (i) el contexto de actividades de prostitución infantil, pornografía con menores, etc., como elemento del tipo del 219-A (4), (ii) la necesidad de una integración sistemática (5), (iii) la solución del caso concreto (6) y (iv) la nueva dosificación de la pena (7).

4. La explotación sexual como ingrediente del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años

El tipo del artículo 219-A del Código Penal surgió como una adición de la Ley 679 de 4 de agosto de 2001. El rótulo jurídico, según el artículo 34 de la norma, era el de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores*:

Artículo 34-. Adiciónese un nuevo artículo al Código Penal, con el

²⁵ CSJ SP, 14 ag. 2012, rad. 39160.

²⁶ Cf. CSJ SP, 14 ag. 2012, rad. 39160.

número 312-A, del siguiente tenor:

Artículo 312-A-. 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 o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con estos, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realicen con menores de doce (12) años.

Parágrafo transitorio. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000, el presente artículo tendrá el número 219-A.

Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 1236 de 23 de julio de 2008 incrementó las penas del tipo, así como subió la edad de la agravante de doce (12) a catorce (14) años:

Artículo 13-. El artículo 219-A del Código Penal (Ley 599 de 2000) quedará así:

Artículo 219-A-. 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 o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con estos, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (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.

Y, finalmente, el artículo 4 de la Ley 1329 de 17 de julio de 2009 modificó el delito del artículo 219-A en los términos que al día de hoy permanecen vigentes:

Artículo 4-. El artículo 219-A del Código Penal introducido por la Ley 679 de 2001 quedará así:

Artículo 219-A-. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años. 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 dieciocho (18) años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a setecientos cincuenta (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.

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”*) deberán entenderse en un ámbito orientado al ejercicio de la prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual. Esto es, en un entorno de *explotación sexual de menores de edad*.

Al contrario de la explotación sexual en los adultos (que se relaciona, más que todo, con la incitación y ejercicio de la

24
PARRA

prostitución forzada), por "*explotación sexual de menores*" se entiende «*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*»²⁷.

En estas situaciones, siempre se considerará irrelevante el consentimiento otorgado por el menor de dieciocho (18) años. Es decir, no dejará de considerarse explotación sexual a pesar de que el menor de edad involucrado haya prestado su aquiescencia para realizar la actividad sexual.

Cuando media un intercambio económico, ya sea a favor del menor o un tercero, la explotación sexual será *comercial*. Si el beneficio o provecho que se ofrece al menor o al tercero es de otra índole, será tan solo *explotación sexual de menores*. Esta, en todo caso, comprende:

(i) Las "*actividades sexuales o eróticas remuneradas con menores de edad*". No se limita a actividades de acceso carnal, sino además cualquier otra forma de acto sexual que implique acercamiento físico (o virtual) entre la víctima y el explotador, así como el pago u otro tipo de remuneración por la prestación del servicio, ya sea al menor o a un tercero.

(ii) La "*pornografía infantil o adolescente*". Incluye todo acto de producción, distribución, divulgación (por cualquier medio), oferta, venta o posesión de material en que se utilicen

²⁷ Adaptado de la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, 1996.

a menores de dieciocho (18) años en representaciones reales de actividad sexual. Es decir, la industria de pornografía ilícita desde los creadores de contenido hasta los clientes.

(iii) Los “espectáculos sexuales” abarcan la utilización de personas menores de dieciocho (18) años con fines sexuales en exhibiciones o espectáculos, ya sean públicos o privados, en los cuales también median pagos o remuneraciones.

Por “turismo sexual” se entiende la explotación sexual de menores de dieciocho (18) años por quienes viajan de su lugar de origen a otro (que por lo general es percibido como no tan desarrollado o permisivo en la materia), para así involucrarse en actividades sexuales ilícitas de forma anónima e impune.

Y “explotador” es todo «aquel que intermedia u ofrece la posibilidad de la relación a un tercero o a un menor de edad»²⁸. Está caracterizado «por el ejercicio sistemático del poder para doblegar la voluntad del otro a efectos que satisfaga sus fines sexuales»²⁹ y comprende los roles de “cliente”, “proxeneta” e “intermediario”.

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

²⁸ Adaptado de Explotación Sexual Comercial, *Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales*, OIT/IPEC, 2004.

²⁹ Adaptado de Explotación Sexual Comercial, *Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales*, OIT/IPEC, 2004.

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»³⁰. Las reformas de las leyes 1236 de 2008 y 1329 de 2009 no variaron dicha intención. Por el contrario, la última disposición la confirmó.*

Así se explicó en la exposición de motivos de la Ley 679 de 2001:

Las previsiones del proyecto son oportunas para salirle el paso a los pederastas y aberrados sexuales que emplean los canales de información magnética para manipular a los menores o hacer contacto con ellos a través de ciertos agentes turísticos. Investigadores del DAS denunciaron que algunas empresas y agencias de viaje en Europa ofrecen explícitamente a sus clientes turismo sexual infantil en los que presentan diversos países, entre ellos Colombia, como 'destinos eróticos', o con quienes hacen lucro abominable alrededor de la actividad turística, con el objeto de someterlos al abuso sexual. El uso de las pistas del ciberespacio y la información reportada por algunos servidores está llegando sin ningún control de acceso. Mientras se adquieren y emplean sistemas capaces de impedir el paso de tales informaciones en la Internet, es preciso atacar a los manipuladores de la información y a los intermediarios que se lucran sirviendo de contacto entre los abusadores y los menores de edad con fines reprochables.

³⁰ 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.

En el informe de la UNICEF se dice que, a través de Internet, redes de pedófilos colocan imágenes de niños en actitudes sexuales o publicidad con 'paquetes turísticos' que incluyen compañía sexual con menores de edad. Se trata de defender en sus derechos a quienes no tienen autonomía personal para defender por sí mismos su libertad y el respeto de sus derechos. Se trata de actuar con dureza para prevenir que se corrompa y prostituya a nuestra infancia. Dentro de las capacidades actuales de intervención y de interdicción sobre tales canales de comunicación, el proyecto propone las medidas posibles con esa intención y por ello debe respaldarse³¹.

Posteriormente, el artículo 13 de la Ley 1236 de 2008 lo único que hizo fue incrementar la pena de prisión (de una de cinco -5- a diez -10- años a otra de diez -10- a catorce -14-) y la de multa, así como la edad para la agravante (de doce -12- a catorce -14- años).

Y, por último, el artículo 4 de la Ley 1329 de 17 de julio de 2009 modificó el tipo penal del artículo 219-A con los fines de (i) ampliar «el alcance de este delito a su autor (cliente o abusador) y a su coautor (proxeneta o intermediario)³², (ii) agregar «los verbos obtener, que implicaría al que demanda el contacto, y ofrecer y facilitar, si se trata de intermediario³³ y (iii) incluir la telefonía «como medio de comunicación utilizado

³¹ 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.

³² Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 181 de 2007 Senado, por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual, Gaceta del Congreso 358 de 2008.

³³ Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 146 de 2008 Cámara, 181 de 2007 Senado, por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, Gaceta del Congreso 463 de 2009.

regularmente por los autores para contactar a sus víctimas»³⁴.

Pese a tal expansión en el ámbito de cobertura típica, el legislador en ningún momento abandonó la idea de que dicho comportamiento tuviese objetivo distinto a erradicar la trata de menores, el turismo sexual y la exposición comercial de la infancia a actividades propias de la prostitución o pornografía.

En palabras de la ponencia para el segundo debate (Senado), el fin de tal ley radica en «*luchar contra la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes*»³⁵ con la creación de «*herramientas para contrarrestar las nuevas modalidades de abuso y explotación de niños*»³⁶, teniendo en cuenta el deber de «*poner al día la legislación colombiana con los convenios, tratados y recomendaciones que internacionalmente gobiernan la materia*»³⁷.

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.*

³⁴ Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 146 de 2008 Cámara, 181 de 2007 Senado, por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, Gaceta del Congreso 463 de 2009.

³⁵ Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 181 de 2007 Senado, por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual, Gaceta del Congreso 358 de 2008.

³⁶ Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 181 de 2007 Senado, por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual, Gaceta del Congreso 358 de 2008.

³⁷ Informe de ponencia segundo debate proyecto de ley 181 de 2007 Senado, por medio de la cual se modifica el Título IV de la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para contrarrestar la explotación sexual, Gaceta del Congreso 358 de 2008.

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 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 (*demandas 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 ejemplo, la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989 consagró el deber de adoptar «*todas las medidas [...] que sean necesarias para impedir [...] (a) la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal [...], (b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales [y] (c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos*»³⁸.

Por su parte, el *Convenio 182* de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) de 1999 contempló «*la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la*

³⁸ ONU, *Convención sobre los derechos del niño*, 1989, artículo 39.

producción de pornografía o actuaciones pornográficas»³⁹ como manifestaciones de las «peores formas de trabajo infantil»⁴⁰.

Y, para finalizar, el *Protocolo para reprimir, prevenir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000* señaló como variantes del comercio sexual a «[l]a captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación incluso cuando no se recurra a [...] la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otro»⁴¹.

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

³⁹ OIT, *Convenio 182*, 1999, artículo 3, literal b).

⁴⁰ OIT, *Convenio 182*, 1999, artículo 3.

⁴¹ ONU, *Protocolo para reprimir, prevenir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional*, 2000, artículo 3, literales a) y c).

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.*

El artículo 209 de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 33 de la Ley 679 de 2001 y modificado por el artículo 5 de la Ley 1236 de 2008, consagra el delito de *actos sexuales con menor de catorce (14) años* con pena de nueve (9) a trece (13) años de prisión:

Artículo 209-. Actos sexuales con menor de catorce (14) 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 de nueve (9) a trece (13) años.

Por su parte, el tipo de *utilización o facilitación de medios de comunicación* establece una sanción punitiva de diez (10) a catorce (14) años de prisión y multa de sesenta y siete (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos si la víctima está entre los catorce (14) años y la mayoría de edad. Y una pena "aumentada hasta en la mitad", es decir, entre los diez (10) y veintiocho (28) años de prisión, así como entre sesenta y siete (67) y mil quinientos (1.500) salarios mínimos de multa, si el sujeto pasivo es menor de catorce (14) años.

32
R. J. Jimenez

De acuerdo con una interpretación que no contemple la lesividad del bien jurídico, el tipo del artículo 219-A castigaría usar el teléfono o cualquier otro medio de comunicación con el fin de solicitarle a un menor de edad contacto o actividades sexuales (que por supuesto puede comprender actos distintos al acceso carnal). Si la víctima tiene menos de catorce (14) y los fines sexuales no abarcan el acceso carnal en los términos del artículo 212 de la Ley 599 de 2000⁴², el agente, por la sola intención de realizar una propuesta de tal naturaleza con los medios indicadas, se haría acreedor, además de multa, a pena de prisión entre los diez (10) y veintiocho (28) años.

Pero si en una idéntica situación se concreta la solicitud, el sujeto pasivo la acepta y participa en la actividad requerida con el actor, la norma (por el acto realizado) consagraría una sanción sustancialmente inferior: de nueve (9) a trece (13) años de prisión, sin multa.

Es válido que el legislador, buscando el amparo efectivo del bien, penalice las conductas anteriores a la concreción de un resultado material (en este caso, usar medios para solicitar actos sexuales a menores de catorce -14- años y, así, prevenir que estos jamás lleguen a darse). Lo que carece de sentido, sin embargo, es que la pena por el acto preparatorio o tentado sea mayor que la pena por la consumación.

4.4. *La conducta de realizar ofrecimientos sexuales a un*

⁴² Artículo 212-. *Acceso carnal*. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

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 principales⁴³: *(i)* la realización entre los sujetos de la conducta de actos sexuales diversos al acceso carnal, *(ii)* la 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*»⁴⁴ y también «*mover a alguien, a algo o darle motivo para ello*»⁴⁵. 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.

De acuerdo con una lectura que desestime el contexto de prostitución infantil, turismo sexual o, en general, de explotar

⁴³ Cf. CSJ AP, 5 dic. 2002, rad. 18883

⁴⁴ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, Tomo II (h/z), p. 1234.

⁴⁵ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, Tomo II (h/z), p. 1234.

a menores de edad, la sola intención de solicitar actividades sexuales a menores de catorce (14) utilizando medios masivos de comunicación prevé, además de una multa, pena entre diez (10) y veintiocho (28) años de prisión. Esto no solo representa una violación al principio de proporcionalidad, como ya se dijo (2.3), sino además el peligro de quebrantar el principio de no sancionar dos veces lo mismo.

En la práctica judicial, la más sencilla y frecuente (o, con toda probabilidad, la única) manera de demostrar el propósito de "*obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto a actividad con fines sexuales*" sería la prueba con la cual el agente exteriorice dicha intención, esto es, con la manifestación de la oferta. De ahí que tanto la solicitud como la intención de solicitar por parte del usuario del medio se fundirían en un idéntico objeto de investigación. Muestra de ello es el presente caso, en el que tanto la imputación fáctica de la acusación como los debates han girado en torno a la realización vía Facebook de peticiones sexuales a los menores Laura, José M. y Sara, no a los fines por parte del procesado. Como las sentencias deben fundarse en hechos y datos objetivos, no en intenciones (incluso para establecer la existencia de estados de ánimo), el propósito de oferta y la oferta terminan siendo, en últimas, lo mismo.

Se diría que el tipo del artículo 209 del Código Penal solo castigaría, bajo la modalidad de la inducción, aquellas ofertas que el sujeto activo realice directamente al menor de catorce (14) años, mientras que el inciso 2º del 219-A abarcaría las solicitudes o intentos de solicitud cuando aquel se valga del "*correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación*". Pero esta oposición no es

en realidad trascendente.

Si el bien jurídico común en tal situación es la formación o el desarrollo de quien aún no observa capacidad para decidir en materia sexual, el instrumento utilizado para la realización de la oferta debería ser considerado irrelevante. No se advierte una diferencia sustancial entre tratar de corromper a un niño en persona e intentarlo por carta, teléfono fijo o móvil, correo electrónico, Twitter, Facebook, Whatsapp, etc.

Contra dicho criterio, se afirmaría que las redes sociales fomentan el anonimato y facilitan la consecución de favores sexuales gracias al fraude o al engaño (como lo hizo el acusado con una de las menores, a quien en un principio convenció en Facebook de que era una joven de su edad para obtener fotos de ella en ropa interior). Esta, entonces, sería una razón para explicar la mayor afectación del bien jurídico de la formación y el desarrollo del menor de catorce (14) en el tipo del artículo 219-A de la Ley 599 de 2000, así como el respectivo aumento del reproche punitivo.

Tal argumento no se comparte por varios motivos: *(i)* el tipo del artículo 219-A comprende medios de comunicación de variada índole y no todos propician el anonimato o engaño (así, por ejemplo, en una videollamada, la víctima puede mirar el rostro y escuchar la voz del agente); *(ii)* el delito tampoco sanciona el propósito de conseguir actividades sexuales “por medios fraudulentos o engañosos”: es perfectamente posible que el sujeto activo busque contacto con la víctima sin que en ningún momento le mienta o la engañe, e igual la conducta terminaría siendo punible; y *(iii)* el problema se soluciona si

se interpreta el 219-A en un trasfondo de prostitución infantil o de turismo con menores. Solo así podrán distinguirse, sin lugar a equívocos, la conducta de inducir a prácticas sexuales al menor de catorce (14) años (sancionada por el artículo 209) y la del usuario de servicios de explotación a menores que con fines sexuales acude a cualquier medio de comunicación que los ofrezca (artículo 219-A de la Ley 599 de 2000).

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.

Así lo explicó la Corte en el fallo CSJ SP, 20 oct. 2010, rad. 33022:

[L]a presunción de que trata los artículos 208 y 209 del Código Penal

37


(en el sentido de que el sujeto pasivo de la conducta es incapaz para ejercer libremente su sexualidad) (i) tiene que ser de pleno derecho, no solo porque es irrefutable, sino en razón del interés superior del niño y la especial protección que debe brindársele (por lo que jamás admitirá prueba en contrario, ni estará sujeta a valoraciones relacionadas con el comportamiento del menor); (ii) modificarla es competencia exclusiva del poder legislativo (bien sea para aumentar o para reducir el límite legal, conforme a los criterios culturales, sociológicos y de similar índole que se impongan en la comunidad), con la única condición de que no sea fijada a una edad muy temprana; y (iii) el límite de catorce (14) años en materia penal no es desproporcionado ni incongruente, pues está por debajo del promedio de las naciones de tradición occidental y no riñe con la consagrada en el sistema de responsabilidad para jóvenes y adolescentes, ni con la jurisdicción civil en relación con la capacidad para contraer matrimonio⁴⁶.

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 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

⁴⁶ CSJ SP, 20 oct. 2010, rad. 33022.

38
S
P
E
C
I
A
L
M
E
N
T
E

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.

Podría argüirse que una interpretación no restrictiva del tipo del artículo 219-A del Código Penal sería necesaria para proteger de los depredadores sexuales a aquellos entre catorce (14) y dieciocho (18) años de edad, en tanto serían personas, aunque capaces de decidir libremente en temas sexuales, más vulnerables que los mayores y proclives a tretas o engaños.

Esta postura, sin embargo, no es convincente. En primer lugar, limitar el ejercicio de la libertad a quienes la norma ya les ha reconocido la capacidad de discernimiento acerca de su sexualidad no solo coarta de manera infundada el artículo 16 de la Constitución, sino además obedece a una filosofía del poder paternalista y autoritaria, ajena a un Estado de Derecho

como el colombiano.

En segundo lugar, el orden jurídico dejó de proteger en lo penal a mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) de las actividades sexuales sonsacadas con fraudes y engaños (que no sean constitutivas de otros delitos). Tal amparo residía en el *estupro*, previsto en el Capítulo II del Título XI de la Parte Especial del Decreto Ley 100 de 1980. Estaba integrado por los artículos 301 (*acceso carnal mediante engaño*)⁴⁷ y 302 (*acto sexual mediante engaño*)⁴⁸ del Código Penal anterior, que fueron derogados por la Ley 599 de 2000 vigente.

En tercer lugar, el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad no solo implica la asunción de los peligros unidos al modelo de vida que la persona adopte, sino además la responsabilidad de prevenir las consecuencias no deseadas que de allí se deriven. Un mayor de catorce (14) años, aparte de ser capaz de escoger libremente el rumbo de su vida sexual, también puede comprender que, para el manejo de sus redes sociales, debe adoptar algunas medidas de precaución (como no aceptar peticiones de amistad de desconocidos, cuidar la contraseña, bloquear seguidores, advertir cuándo una cuenta es falsa, etc.)

Y, finalmente, el argumento que acerca del principio de lesividad de la acción penal la Sala aborda a continuación.

⁴⁷ Artículo 301-. *Acceso carnal mediante engaño*. El que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce (14) y menor de dieciocho (18) incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

⁴⁸ Artículo 302-. *Acto sexual mediante engaño*. El que mediante engaño realice en una persona mayor de catorce (14) y menor de dieciocho (18) acto sexual diverso del acceso carnal incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

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.*

Por ejemplo:

(i) *X, de dieciocho (18), ha sido novio durante un tiempo de Y, de diecisiete (17). Sostienen en forma regular relaciones sexuales. Cierta día, después de una pelea, X llama por móvil a Y. Le dice que la extraña y le pide que la perdone. Ella le contesta que no hay problema. Entusiasmado, X le propone a Y que vaya a la casa de él, porque sus padres no están, para tener sexo.*

(ii) *Y, de diecinueve (19) años de edad, es fanática del ídolo juvenil X, que tiene diecisiete (17). Lo sigue por su cuenta de Instagram. Cuando X está de gira por la ciudad de Y, ella, por el señalado medio, le envía un mensaje directo (DM) en el cual le escribe: "quiero que hagamos el amor, soy toda tuya". También le anota su dirección y número de teléfono.*

(iii) *X y Y son novios. Ambos tienen quince (15) años. En Navidad, cada uno viaja con su familia a diferentes destinos. Se comunican todos los días por Skype. En una de esas conversaciones, como llevan un tiempo sin tener contacto físico, X le propone a Y que se quite la ropa en frente de la cámara. Ella acepta bajo la condición de que él haga lo mismo.*

En todos los casos, el agente (X en i; Y en ii; X y Y en iii) utilizó el "correo tradicional, las redes globales de información,

telefonía o cualquier medio de comunicación" (en *i*, el teléfono móvil; en *ii*, Instagram; y en *iii*, Skype) con propósitos de "obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de dieciocho (18) años de edad" (en *i* y *ii*, el agente le propuso al menor tener relaciones sexuales; en *iii*, *x* y *y* le pidieron al otro desnudarse ante la cámara con fines erótico sexuales). Desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo, sin la lectura que se defiende, realizaron el artículo 219-A del Código Penal. En los ejemplos *(i)* y *(ii)*, al agente debería investigarlo la justicia ordinaria; y, en el *(iii)*, *x* y *y*, debido a las ofertas recíprocas, tendrían que ser llevados al sistema de responsabilidad penal regulado por el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Por el contrario, si para la vulneración efectiva del bien jurídico se exige un contexto de prostitución infantil o turismo sexual, la descripción del artículo 219-A de la Ley 599 de 2000 jamás podría confundirse con tales comportamientos.

En casos de quien busca contacto sexual con menores, los injustos se reducirían a los del cliente que acude a medios masivos de comunicación para que se le preste algún servicio de explotación o comercio carnal. Basta con que, por ejemplo, hable por teléfono con un proxeneta de menores, abra Internet y visite una página en la cual indague por la prestación de esa clase de servicios, o escriba por Whatsapp a un número en el cual le informen acerca del sitio en donde se hará la siguiente actividad turística con niños. No es indispensable que llegue a comunicarse con la víctima de la explotación sexual ni que logre identificarla. Es decir, ni siquiera se requeriría un sujeto pasivo determinado. Y, en los eventos de intermediarios, aquel

que llama al menor para reclutarlo a una red de prostitución o pornografía infantil, o quien publica anuncios por Internet para contactar menores y hacerles propuestas en ese sentido.

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.

4.7. El hecho de que el comportamiento del procesado con sus víctimas se ajuste a lo que internacionalmente o en redes sociales se ha llamado "grooming" (o "engaño pederasta") no implica, por esa sola razón, que aquel ha realizado el tipo del 219-A del Código Penal o cualquier otra conducta punible, ni la necesidad de amparar penalmente a menores entre catorce (14) y dieciocho (18) años no expuestos a explotación sexual.

Se conoce como "grooming" ('acicalamiento', en inglés), o "child grooming", todo acto llevado a cabo por un adulto que implique crear una conexión emocional con un menor a fin de abusarlo o explotarlo sexualmente⁴⁹. Se le ha denominado en español "engaño pederasta" y el medio más frecuente dentro del cual ocurre hoy en día es la Internet ("online grooming")⁵⁰.

La conducta de MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ, en principio, corresponde con dicha descripción. Se valió de la red social Facebook para establecer amistades con menores

⁴⁹ Cf. https://en.wikipedia.org/wiki/Child_grooming.

⁵⁰ Cf. https://es.wikipedia.org/wiki/Engaño_pederasta.

43
PARRA

(José M., Laura y Sara). Para ganarse su confianza, fingió ser una persona de aproximadamente la misma edad y, gracias a ello, logró que por lo menos una (Laura, de quince -15- años) le enviara fotos en ropa interior.

Esto último, desde luego, obedecería a un caso delictivo de "*child grooming*" o "*engaño pederasta por la red*" si no fuera porque Laura tenía más de catorce (14) años cuando accedió a las peticiones iniciales del abusador sexual. Y, como se vio (2.3), lo jurídico penalmente reprochable con Laura no fueron los actos que él adelantó para ganarse su confianza (que eran preparatorios y, por lo tanto, aún no punibles), sino doblegar la voluntad de la joven para que se desnudara y tocara frente a la cámara. No hubo una situación de explotación ni abuso sexual: fue una coacción a la libertad de la víctima (*acto sexual violento*).

Por el contrario, los acercamientos tipo "*online grooming*" que el acusado tuvo con los menores de catorce (14) años Sara y José M. (en el 2009) sí configuran delitos de abuso, como se analizará en su momento (6.1). Y si este hubiera actuado con el fin de reclutar a todas las víctimas a una red de explotación sexual, habría incurrido en tres (3) delitos del artículo 219-A, sin importar que los sujetos pasivos hubieran alcanzado o no la edad del consentimiento legal.

En otras palabras, no toda circunstancia que implique "*grooming*" terminará, por esa única razón, siendo catalogada de conducta punible. Todo dependerá de las circunstancias del caso concreto (edad de los sujetos pasivos, contexto, fin del sujeto agente, etcétera).

44
R. J. Jimenez

El “*online grooming*”, hasta que el legislador considere lo contrario, no es un delito autónomo. Algún sector ha indicado que ciertos engaños pederastas podrían ajustarse a lo descrito por la norma del artículo 210-A de la Ley 599 de 2000, que fuera adicionado por el artículo 29 de la Ley 1257 de 2008:

Artículo 210-A. Acoso sexual. El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Este, sin embargo, no sería el caso. El agente jamás se valió de “*su superioridad manifiesta*”, tampoco se aprovechó de “*relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica*” en aras de lograr sus fines sexuales. Por el contrario, ocultó cualquier condición de tal índole y fingió ser un igual (las adolescentes ‘Paola’, ‘Natalia’ y ‘Luisa Fernanda’, o incluso el mismo José M.) con el fin de ganarse la amistad de los adolescentes. Su “*child grooming*” en ningún momento constituyó algún acto preparatorio ni ejecutivo de una conducta punible de *acoso sexual*.

Por otra parte, la generalización (o publicidad) de casos de “*online grooming*” tampoco constituye razón suficiente para afirmar la vigencia (o ni siquiera la necesidad) de la protección jurídico penal para menores entre catorce (14) y dieciocho (18) años que no se hayan expuesto a trasfondos de explotación sexual. Se trataría de situaciones de *estupro*, comportamiento que, como ya se dijo (4.5), no es sancionable en nuestro orden

jurídico. En países como España, por lo demás, son punibles actos de “*online grooming*” únicamente cuando el menor no ha cumplido la edad de consentimiento legal (dieciséis -16- años, en España)⁵¹, sin importar que los fines del agente se orienten al abuso o la violencia sexual⁵², o a la pornografía infantil⁵³. E incluso el “*grooming*” sería atípico cuando hay “*consentimiento libre del menor de dieciséis (16) años*” y “*el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o*

⁵¹ Artículo 183 ter [Código Penal español]. / 1-. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis (16) años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno (1) a tres (3) años de prisión o multa de doce (12) a veinticuatro (24) meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. / 2-. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis (16) años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

⁵² Artículo 183 [Código Penal español]. / 1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos (2) a seis (6) años. / 2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco (5) a diez (10) años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis (16) años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo. / 3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho (8) a doce (12) años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce (12) a quince (15) años, en el caso del apartado 2. [...]

⁵³ Artículo 189 [Código Penal español]. / 1. Será castigado con la pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años: / a) El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas. / b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido. [...]

madurez⁵⁴.

4.8. *Posturas contrarias a las sostenidas en este fallo son peligrosas para la teoría del bien jurídico y, en general, para un derecho penal propio del Estado Social de Derecho, orientado al reconocimiento de unas garantías mínimas y fundado en los principios ineludibles del pensamiento ilustrado.*

Muchos de los argumentos empleados para no compartir las tesis aquí defendidas terminan riñendo con los principios clásicos del derecho penal (por ejemplo, su naturaleza lesiva, subsidiaria, fragmentaria y de razón última), así como con la filosofía, tantas veces reiterada por la Corte, de que su misión debe estar dirigida a la protección de bienes jurídicos.

Dichas posturas peligrosas acuden al menos a dos (2) estrategias discursivas: (i) abstraer (o 'espiritualizar', tal como lo refieren algunos autores) el concepto de bien jurídico y (ii) recurrir a criterios constitucionales en boga como si se tratase de valores absolutos.

En el primer grupo se encuentran proposiciones que, en lugar de brindar un contenido racional, identificable y objetivo al interés que el legislador pretende proteger, en realidad nada explican ni aportan.

Un ejemplo de esto sería sustentar la explotación sexual

⁵⁴ Artículo 183 quater [Código Penal español]. / El consentimiento libre del menor de dieciséis (16) años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor de edad por edad y grado de desarrollo o madurez.

no comercial para menores con más de catorce (14) años en el “*desequilibrio de poder*” en sus relaciones personales.

Este enfoque, además de pretender la imposición de una moral sexual colectiva, clasista e incluso discriminatoria (los encuentros sexuales solo deberían darse por amor, entre dos -2- personas de similar edad, situación económica, laboral o social, etc.), es inútil e inalcanzable. De hecho, en la práctica serían pocos los casos en los cuales podría darse un balance adecuado entre los sujetos de cualquier relación y muchos los desequilibrios, sin que tenga que importarle al derecho penal cuando se trata de actividades consensuadas con individuos capaces y que no se hallen sometidos a verdadera explotación sexual. El bien jurídico está fundado en el principio del daño y no en inmoralidades⁵⁵.

Otro ejemplo radica en fusionar los términos “*explotación sexual*” y “*abuso sexual*” para así justificar tesis inaceptables, como argüir que la “*explotación sexual*” abarca situaciones de “*abuso sexual*” y que por ende los menores entre catorce (14) y dieciocho (18) años también deben ser protegidos cuando corren el riesgo de ser ‘abusados’ sexualmente por los adultos.

Esta postura carece de contenido y además conduce a incoherencias. Los delitos de abuso en nuestro orden jurídico están contemplados en el Capítulo II del Título IV de la Parte Especial del Código Penal y consagran como sujetos pasivos a menores de catorce (14) años (artículos 208 y 209), incapaces

⁵⁵ Cf., entre otras, CSJ SP, 13 may. 2009, rad. 31362: «*el derecho penal carece de legitimidad si se castigan conductas que no implican lesiones para personas distintas a uno mismo o que solo encierran la prevención de una simple inmoralidad*».

48
PARRA JIMÉNEZ

para resistir (artículo 210) y personas en estados de debilidad manifiesta (artículo 210-A). Los delitos de explotación sexual, en cambio, se hallan regulados en el Capítulo IV del Título IV del Código Penal y comprenden en calidad de víctimas tanto a adultos (artículos 213 y 214) como a menores (artículos 213-A, 217, 217-A, 218, 219 y 219-A), en tanto estén sometidos a entornos de explotación sexual (constreñimiento e inducción a la prostitución -con adultos- y turismo sexual, prostitución y pornografía infantil -con menores). El bien jurídico ostenta como fin brindarle coherencia al sistema de la teoría del delito, no restársela.

En el segundo grupo están las aserciones de naturaleza constitucional extraídas de contexto. Apelar, por ejemplo, a la “*dignidad humana*” o a la oración “*los derechos de los menores prevalecen sobre los de los demás*” (como argumentos en aras de indicar que las solicitudes sexuales con engaños a menores con catorce -14- años o más no deberían terminar impunes) desconoce que *la sexualidad (ejercida por quienes son capaces de consentir) es un bien disponible*, más allá de parámetros que fomenten mínimos a la dignidad humana como límite a la autonomía individual, o de cualquier criterio maximalista que invoque la supremacía de los derechos del “*niño*”, entendido como todo menor de dieciocho (18) años.

Recuérdese, además, que la Sala, en fallos como CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943, entre otros, ha reconocido (así como reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional) que “*no puede haber principio, derecho o valor absoluto*”⁵⁶ y en especial

⁵⁶ CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943.

49
Manuel

que «el debido respeto al interés superior del menor no implica un reconocimiento mecánico, irrazonable o autoritario de sus derechos»⁵⁷.

5. Necesidad de una interpretación sistemática en los delitos del Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial del Código Penal

5.1. El alcance del tipo del artículo 219-A de la Ley 599 de 2000 debe limitarse en función de las demás descripciones típicas con idéntico bien jurídico.

Por ejemplo, la conducta del intermediario de servicios de prostitución infantil o turismo sexual habrá de ajustarse a la utilización de medios con el fin de reclutar menores de edad a actividades propias de explotación. Pero si el agente, en tales eventos, los usa cuando el menor ya ejerce o es víctima de la red, la acción deberá entenderse como un modo de organizar o facilitar dicho comercio carnal, o de participar en él, caso en el cual el uso del medio de comunicación sería irrelevante y la acción se ajustaría a la del tipo del 213-A del Código Penal, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1329 de 2009:

Artículo 213-A-. Proxenetismo con menor de edad. El que con ánimo de lucro para sí, o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organice, facilite o participe de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de otra persona menor de dieciocho (18) años incurrirá en prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años y multa de sesenta y siete (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁵⁷ CSJ SP, 22 jun. 2011, rad. 35943.

50
PARRA JIMÉNEZ

Así lo precisó la Sala en el fallo CSJ SP, 14 ag. 2012, rad. 39160:

[A]l tratarse de intermediarios, facilitadores o promotores de actividades de explotación sexual o comercio carnal con personas que se prostituyen y no han alcanzado la mayoría de edad, el empleo o no de medios de comunicación será irrelevante para la configuración del tipo objetivo, pues el delito del artículo 213-A del estatuto sustantivo absorberá por su mayor complejidad al del artículo 219-A⁵⁸.

Adicionalmente, si el usuario del medio de comunicación (en el rol de intermediario) le concreta al menor alguna oferta con el fin de inducirlo a actividades de explotación sexual, el tipo ya no sería el artículo 219-A sino el 213 de la Ley 599 de 2000, en razón de su mayor gravedad (prisión de diez -10- a veintidós -22- años en vez de diez -10- a catorce -14-, o de trece -13- años y cuatro -4- meses a treinta y tres -33- años en lugar de diez -10- a veintiocho -28- años, si el sujeto pasivo no ha cumplido los catorce -14- años de edad -artículo 216):

Artículo 213-. Inducción a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona incurrirá en prisión de diez (10) a veintidós (22) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 216-. Circunstancias de agravación. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando la conducta:

⁵⁸ CSJ SP, 14 ag. 2012, rad. 39160.

51
[Handwritten signature]

1-. *Se realizare en persona menor de catorce (14) años.*

Por otra parte, cuando la conducta aluda a la del cliente de servicios de prostitución infantil o turismo sexual, si el uso del medio de comunicación para solicitar contacto sexual se extiende a la manifestación, ya sea con el intermediario o el menor, de una oferta concreta para *“realizar acceso carnal o actos sexuales”*, así como de un *“pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza”*, el tipo del 219-A podría concursar con el del artículo 217-A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 3 de la Ley 1329 de 2009, dada la naturaleza autónoma de dicho delito:

Artículo 217-A. Demanda de explotación sexual comercial de persona menor dieciocho (18) años de edad. *El que directamente o a través de tercera persona solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de dieciocho (18) años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este solo hecho en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.*

Y si el ánimo de actividad sexual por parte del cliente del servicio explotador que acude al medio de comunicación se realiza en la grabación de videos pornográficos o en la captura o el envío de fotos de idéntico contenido, la conducta pasará a ser la del artículo 218 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 12 de la Ley 1236 de 2008 y el 24 de la Ley 1336 de 2009:

Artículo 218- Pornografía con personas menores de dieciocho (18) años. *El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por*

cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de dieciocho (18) años de edad, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de ciento cincuenta (150) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

La pena se aumentará de una tercera (1/3) parte a la mitad (1/2) cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

5.2. Esta interpretación restrictiva del tipo del artículo 219-A del Código Penal obliga a que los demás delitos de que trata el Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial corran igual suerte en lo que al menoscabo relevante del bien jurídico se refiere.

Es decir, todos estos tipos requerirán de un trasfondo de explotación sexual. Cuando el sujeto pasivo es adulto, serán entornos relativos al ejercicio de la prostitución (aunque solo si se presentan actos de inducción o de constreñimiento). Y, cuando el sujeto pasivo es menor, serán contextos de turismo sexual, prostitución infantil o industria pornográfica ilícita.

En lo relacionado con la explotación sexual de menores, no presentan problemas los artículos 213-A (*proxenetismo con menor de edad*), 217 (*estímulo a la prostitución de menores*) y 219 (*turismo sexual*), por cuanto las respectivas descripciones típicas se refieren, sin equívocos, a comportamientos propios de prostitución infantil.

El problema se presenta, aparte del tipo del artículo 219-

A del Código Penal, con los de los artículos 217-A (*demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho -18- años de edad*) y 218 (*pornografía con menores de dieciocho -18- años*) de la Ley 599 de 2000. Por ejemplo, el bachiller que conserva en su móvil, para su satisfacción privada y personal, las fotos con desnudos y actos de masturbación que su novia de diecisiete (17) años le envió por Whatsapp. Sin la lectura restringida que para este Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial aquí se propone, el agente realizaría el artículo 218 de la Ley 599 de 2000. Su acción, sin embargo, es parte de la intimidad que tiene con su pareja y sería fruto en ambos de la libertad sexual constitucionalmente reconocida.

Similares argumentos a los ya analizados para el tipo del artículo 219-A del Código Penal son también aplicables a los tipos del 217-A y 218, a saber: *(a)* cuentan con el fin expreso por parte del legislador de combatir la explotación y el turismo sexual, *(b)* están localizados en el capítulo “DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL”, *(c)* son producto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado para luchar contra la delincuencia organizada dedicadas a la pornografía ilícita y la prostitución infantil, y *(d)* una interpretación no restringida puede llevar a la sanción de comportamientos que ya están previstos en el Código Penal con una pena menor o que son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad.

5.3. En cualquier caso, el intérprete de la norma deberá tener especial cuidado con que la acción imputada a su autor comprenda por sí sola, o apreciada en su contexto lógico, una manifestación de la prostitución infantil, el turismo sexual o, en general, la explotación sexual de menores.

54
PARRA

Por ejemplo, estos casos acerca de la conducta punible de *pornografía con personas menores de dieciocho (18) años*:

(i) X, de diecinueve (19) años, es novio de Y, de diecisiete (17). Se graban teniendo relaciones sexuales por la cámara del Playstation 4. X deja guardado el video en el almacenamiento del sistema. Luego, cuando Y rompe con él, X publica por rabia el video en cadenas de Whatsapp y redes sociales, siendo Y en últimas reconocida por allegados y familiares.

(ii) X, de cuarenta (40) años de edad, suele frecuentar la 'Deep Web' (o Internet no indexado en los motores de búsqueda convencionales) en busca de material pornográfico con menores de edad. Ha bajado de allí varios videos especializados de niños teniendo relaciones sexuales entre ellos y también con adultos. Los conserva en su computador, no los comparte con nadie y solo los usa para su satisfacción personal.

En el caso *(i)* (en principio parecido al contemplado 5.2), X es autor de la conducta prevista en el artículo 218 de la Ley 599 de 2000, toda vez que publicó un video con contenido pornográfico en el cual participó su novia menor de edad. Se trató de un acto de divulgación de pornografía infantil: el video quedó en las redes sociales a merced de los consumidores de tal industria ilícita. El agente, por lo tanto, obró como difusor o promotor de una actividad propia de explotación sexual.

Y, en el caso *(ii)*, la conducta de X es la clásica del cliente de ese género de contenidos pornográficos que, por supuesto, está comprendida dentro de la descripción del artículo 218. El agente posee (verbo rector) material pornográfico con menores

de edad (o “representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor”). No es necesario que participara en la creación de los videos, ni que pagara por estos, ni que los niños que aparezcan sean identificables (lo único importante es que pueda probarse que tienen menos de dieciocho -18). El cliente (en tanto consumidor sistemático de esos contenidos) es un eslabón en las redes de explotación sexual comercial, en este caso, en una industria de pornografía infantil.

La concurrencia del elemento de explotación dependerá, por consiguiente, de un atento examen de las circunstancias de cada asunto concreto. Y se podrá desprender, en algunas situaciones, de la sola realización de la acción, conforme a los ejemplos indicados.

5.4. En relación con el delito de *demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho (18) años de edad*, habrá de ajustar la línea jurisprudencial adoptada a partir del fallo CSJ SP15490, 27 sep. 2017, rad. 47862, a los términos aquí contemplados⁵⁹.

Esto, sin embargo, lo realizará la Sala en su momento, conforme a los asuntos que en un futuro termine por conocer. Y, particularmente, se ocupará por establecer si propuestas

⁵⁹ CSJ SP15490, 27 sep. 2017, rad. 47862. En esa oportunidad, la Sala sostuvo que «la descripción típica [del artículo 217-A de la Ley 599 de 2000] no prevé para su configuración la necesidad de una red dedicada a la prostitución infantil en la cual surja la promesa retributiva», ni tampoco «se restringe a las actividades de conglomerados mercantiles, al comprender también actos propios de la vida cotidiana». En otras palabras, «el ilícito no exige calidades especiales en el sujeto activo de la conducta, verbi gratia, que se trate de un cliente usual de ese tipo de actividades, ni la concurrencia de elementos fácticos adicionales». Esto ha sido ratificado en CSJ SP2444, 27 jun. 2018, rad. 48734, entre otras decisiones.

55
Rafael

de actividades sexuales remuneradas entre adultos y menores constituyen, por sí solas, actos de explotación sexual.

5.5. Recapitulando (4 y 5), la Sala concluye:

(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

57
Rojas

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.

6. El caso concreto

6.1. Teniendo en cuenta el anterior marco teórico (4 y 5), la Sala examinará la sujeción del fallo de segunda instancia al orden jurídico, particularmente en lo que atañe a los tipos del 218 (*pornografía con personas menores de dieciocho -18 años*) y, en especial, el 219-A del Código Penal (*utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho -18- años*).

En cuanto a la primera conducta punible, el funcionario de primera instancia, en sentencia a la postre confirmada por el Tribunal, halló responsable a MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ por cuanto «*fotografió y filmó [...] cuando la menor [Laura] se encontraba frente a la cámara [...] de un computador desarrollando actividades sexuales explícitas*»⁶⁰ y lo divulgó a su vez «*publicando tales imágenes y videos [...] a través de la red social Facebook [...], etiquetándola a ella y a varios de sus contactos como amigos y familiares*»⁶¹.

⁶⁰ Folio 261 de la actuación principal.

⁶¹ Folio 261 de la actuación principal.

Y si bien el juez plural respecto al delito del artículo 218 precisó que bastaba «*el hecho de filmar o grabar a un menor de dieciocho (18) años en actividad sexual [...] para estructurar la conducta*»⁶² (afirmación que, por lo dicho, no se comparte), lo cierto es que el acusado fue encontrado responsable por un acto de promoción o divulgación de pornografía infantil, como ya se indicó (5.3 i). Es decir, por publicar el contenido en una red social. La afectación del bien jurídico, por consiguiente, fue relevante.

En relación con los delitos del artículo 219-A, la postura del juez de primer grado no guardó coherencia. Por una parte, absolvió al acusado de la acción que cometió contra Laura por cuanto «*no se demostró [...] que la voluntad [...] estuviera dirigida a ejercer [...] la explotación sexual de la infancia*»⁶³, entre otras razones. Pero, por otra parte, lo condenó por haber conversado con el menor José M. (usando tanto el nombre de Paola como el de Luisa) para hacerle ofertas sexuales, y luego con Sara (a quien no solo hizo solicitudes de carácter sexual, sino a la vez le envió «*fotografías de su pene erecto*»⁶⁴), sin que en tales situaciones se refiriera al (o le pareciera importante el) contexto ni el fin de explotación sexual por parte del agente.

El Tribunal resolvió esta inconsistencia al señalar, en el fallo impugnado, que en el tipo del artículo 219-A «*el contacto al que se refiere el legislador no se restringe, como lo pretende el defensor, al "turismo sexual"*»⁶⁵. Con esta aseveración, sin

⁶² Folio 21 del cuaderno del Tribunal.

⁶³ Folio 258 de la actuación principal.

⁶⁴ Folio 256 de la actuación principal.

⁶⁵ Folio 21 del cuaderno del Tribunal.

59
M. J. Jimenez

embargo, desconoció la intención específica plasmada por el poder legislativo de combatir la explotación de menores en las variantes de prostitución infantil y turismo sexual, así como los problemas de proporcionalidad, doble juicio y sanción de conductas no lesivas, propias de la vida privada, que tal tesis acarrea.

Entonces, el Tribunal confirmó la decisión condenatoria contra MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ con base en el artículo 219-A de la Ley 599 de 2000 por:

(i) Utilizar la red social Facebook para solicitarle a José M. en el 2009, cuando este tenía trece (13) años (valiéndose a su vez del nombre 'Paola'), y posteriormente, en el segundo semestre de 2011, cuando tenía quince (15) (fingiendo ser una tal 'Luisa Fernanda'), actividades de índole sexual (tomarse fotografías desnudo).

Y (ii) usar Facebook para pedirle en noviembre de 2011 a Sara, de trece (13) años, imágenes de ella desnuda (con la cuenta pirateada de José M. o con el nombre de 'Luisa'). A su vez, pasarle a dicha menor fotos de su pene erecto.

El caso (i) debe ser separado en dos (2) partes, aunque las instancias condenaron indistintamente por la realización de dos (2) actos en conjunto. Por un lado, la acción de pedirle fotos desnudo en el 2009 a José M., cuando solo tenía trece (13) años, configura el delito de *actos sexuales con menor de catorce (14) años*, en la modalidad de "inducción a prácticas sexuales". Lo trascendente en este asunto es que, por un lado, no se advierte contexto alguno de explotación sexual, y, por el

otro, el procesado puso en peligro tanto la formación como el desarrollo sexual de una persona que, se presume, todavía no tenía capacidad para discernir acerca de esos temas.

Y, por otro lado, la intención de solicitarle vía Facebook actividades de idéntica índole al menor cuando este ya tenía quince (15) años tiene que reputarse atípica. No se realizó en un trasfondo de prostitución infantil, turismo sexual, etc., y el sujeto pasivo ya gozaba del derecho para decidir libremente acerca de su sexualidad. Que el agente se hubiera presentado de modo fraudulento al menor no importa para efectos de la configuración del tipo, pues, como se dijo (5.5), la protección de pretensiones sexuales engañosas a quien ya cumplió los catorce (14) años dejó de abordarlo el orden jurídico penal. Tampoco es importante si el autor alcanzó a hacer una oferta de índole sexual, que era lo que cuestionaba el demandante en el segundo cargo.

El caso (ii) se ajusta al tipo de *actos sexuales con menor de catorce (14) años*, ya sea en cuanto a las solicitudes de fotos desnuda que le hizo a Sara o respecto de las fotografías que le envió el acusado de su miembro viril. En ambas situaciones, se trató de una *"inducción a prácticas sexuales"*, por fuera de un entorno de explotación, a una menor de trece (13) años.

En este orden de ideas, el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 219-A en lo concerniente a las acciones perpetradas contra los menores José M. y Sara, a la vez que dejó de aplicar el artículo 209 del Código Penal para esos dos (2) asuntos, con la aclaración de que la conducta contra José M. debía serlo solo por lo acontecido en el 2009 (esto es, por la conversación

que sostuvo con 'Paola' cuando no había cumplido los catorce -14).

6.2. Deberá, entonces, degradarse la calificación jurídica de las conductas punibles, y sus respectivas penas, de dos (2) comportamientos de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años*, a dos (2) de *actos sexuales con menor de catorce (14) años*. Lo anterior resulta posible por las siguientes razones:

(i) A pesar de cierta imprecisión con la fecha de los hechos, el núcleo básico de la imputación fáctica en la acusación incluye que las víctimas José M. y Sara tenían menos de catorce (14) años cuando fueron inducidos por MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ a realizar prácticas sexuales. Dichas edades, por lo demás, fueron materia de estipulación en el juicio.

En efecto, la Fiscalía atribuyó desde la audiencia de formulación de acusación que, para la época en que se dieron los hechos, esto es, 2009 y noviembre de 2011, José M. y Sara tenían, respectivamente, trece (13) años⁶⁶.

Esto luego fue corroborado durante la etapa del juicio. Las partes estipularon que José M. nació en marzo de 1996 y Sara, en febrero de 1998⁶⁷. Lo anterior significa que, para el

⁶⁶ Folio 67 de la actuación principal.

⁶⁷ Folios 1-3 del cuaderno de evidencias. Así mismo, se estipuló que la menor Laura nació en junio de 1996. Es decir, que entre agosto y noviembre de 2011, cuando fue víctima de los comportamientos de MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ, tenía quince (15) años.

62
M. J. J.

31 de diciembre de 2009 (fecha en la que a más tardar pudo realizar el acusado las ofertas de connotación sexual usando el nombre de 'Paola'), José M. ya había cumplido los trece (13) años sin alcanzar los catorce (14). Y que, para noviembre de 2011 (cuando Sara fue buscada por el acusado utilizando las cuentas de José M. y 'Luisa Fernanda'), ella también tenía menos de catorce (14) años.

(ii) La nueva calificación se refiere a los mismos hechos que inicialmente fueron imputados en la acusación, así como se trata de un delito menos grave que el inicialmente comprendido.

En efecto, la imputación fáctica obrante en la acusación comprendía la realización vía Facebook de ofrecimientos de carácter sexual a los menores José M. y Sara; el primero, de trece (13) años para el 2009; y la segunda, de trece (13) años para el segundo semestre de 2011. Con ello, se calificaron los hechos como dos (2) conductas de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años* previstas en el tipo del artículo 219-A del Código Penal.

Con la calificación actual, la conducta desde lo fáctico queda en la práctica idéntica: la realización de ofertas de corte sexual a José M. y Sara, menores de catorce (14) años de edad. La única diferencia es que el medio utilizado (esto es, la red social Facebook) termina por ser irrelevante. El núcleo fáctico, por consiguiente, es el mismo, pero se valora desde lo jurídico como una *"inducción a prácticas sexuales"*, variante prevista en el artículo 209 del Código como *actos sexuales con menor de catorce (14) años*.

Esta calificación jurídica, por lo demás, es más favorable para los intereses del procesado. De hecho, la Fiscalía, bajo su lógica, debió atribuirle el inciso 2° del artículo 219-A de la Ley 599 de 2000, que incrementaba la pena "*hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años*". Sin embargo, no lo hizo. Aun así, la pena para cada comportamiento oscilaba de diez (10) a catorce (14) años de prisión y de sesenta (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa. En cambio, la sanción por los delitos del artículo 209 del Código Penal es más leve: de nueve (9) a trece (13) años de prisión.

Y (iii) en el proceso hay medios de prueba suficientes que permiten concluir que MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ sí tenía conocimiento de la concreta edad de los sujetos pasivos.

En efecto, la manera de obrar del procesado consistía en tener conversaciones por Facebook con menores, todos ellos estudiantes de un mismo colegio. Desde el 2009, accedió en forma abusiva a una cuenta de correo electrónico enlazada a una de Facebook (la de José M.) Lo hacía usando las cuentas pirateadas o simuladas de otras menores ('Paola', 'Natalia', 'Luisa Fernanda'). Las víctimas podían ingresar al contenido de dichas cuentas y ver toda la información contenida en su perfil (edad, fecha de nacimiento, situación sentimental, etc.) De igual manera, el acusado tenía acceso a los datos que tanto José M. como Sara habían consignado de ellos mismos, por ejemplo, información que le permitiera advertir que, para la fecha de los hechos, no habían cumplido los catorce (14) años.

Si bien dejar datos como la edad o la fecha de nacimiento

en el perfil resulta optativo en redes sociales como Facebook, y aunque nadie está obligado a plasmar allí hechos ajustados a la realidad, hay indicadores de que la información verdadera obraba en los casos de José M. y Sara. Por un lado, se trataba de las cuentas con las que interactuaban con sus familiares y amigos del colegio, motivo por el cual no tenían necesidad de mentir u ocultar acerca de sus verdaderas edades. De hecho, la fecha del cumpleaños suele figurar en esos perfiles para ser objeto de felicitaciones y saludos.

Y, por otro lado, hay evidencia de que José M. y Sara no se guardaron para sí el año en que nacieron. Por ejemplo, el correo electrónico de Sara para noviembre de 2011 (época en la que fue víctima de la inducción por parte del procesado) era «julianita_980217@hotmail.com»⁶⁸, es decir, uno en el cual había anotado su fecha de nacimiento (17 de febrero de 1998). A su vez, el correo electrónico de José M. que fue pirateado en el 2009, «oliverkanh_1996@hotmail.com»⁶⁹, contenía el año en que nació (1996), así como el nuevo que creó luego del acceso abusivo a su cuenta («j_o_s_e_96@hotmail.com»⁷⁰). MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ tuvo acceso a tales datos y se enteró de ellos.

Como si lo anterior fuese poco, el procesado, cada vez que por medio de la suplantación o la creación de una cuenta falsa a nombre de una menor de edad ('Paola', 'Natalia', 'Luisa Fernanda') dialogaba con las víctimas (Laura, José M. y Sara), debía entablar una conversación amistosa, de conocimiento

⁶⁸ Archivo de audio y video 11001600001320111559600_110013109017_2, 9'15" y ss.

⁶⁹ Archivo de audio y video 11001600001320111559600_110013109017_3, 1:09'00" y ss.

⁷⁰ Folio 35 del cuaderno de evidencias.

personal, que implicaba preguntar por datos como la edad. Lo anterior se aprecia la primera vez que 'Luisa Fernanda' y José M. tuvieron contacto por Facebook, en septiembre de 2011:

26 de septiembre de 2011

LUISA FERNANDA

en serio

eres agraciado

que edad tienes

26 de septiembre de 2011

[José M.]

Jejeje xd

15...

Y tu ? [sic, a todo]⁷¹.

Si bien no hay constancia de cómo MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ inició los diálogos respectivos con José M. en el 2009 y con Sara en noviembre de 2011 (esto es, cuando los sujetos pasivos tenían trece -13- años), salta a la vista que tal proceder (preguntar por la edad) se ajustaba a su actuar criminal (o *modus operandi*).

El procesado, por consiguiente, sabía que las víctimas eran menores de catorce (14) años cuando por vía Facebook las quiso inducir a prácticas sexuales.

7. El reajuste de la pena

El juez de primera instancia, en el fallo confirmado por la segunda, individualizó la pena contra MANUEL AUGUSTO

⁷¹ Folio 34 (reverso) del cuaderno de evidencias.

66
Manuel

PARRA JIMÉNEZ así:

Dosificó la que de manera abstracta estimó más grave, es decir, la del delito de *pornografía con personas menores de dieciocho (18) años*, en ciento treinta (130) meses de prisión y ciento sesenta (160) salarios mínimos de multa. E incrementó dichas cifras en cincuenta (50) meses de prisión y sesenta (60) salarios mínimos de multa por el concurso con los delitos de *constreñimiento ilegal, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho (18) años* (contra José M. y Sara) y *acceso abusivo a un sistema informático*, para una pena total de ciento ochenta (180) meses (o quince -15- años de prisión) y doscientos veinte (220) salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa⁷².

Como no hizo una específica individualización por cada tipo concurrente (como lo dispone la ley y la jurisprudencia), habrá de entenderse que fijó las penas por tales conductas a partir de los mínimos imponibles, a saber:

Constreñimiento ilegal: dieciséis (16) meses de prisión.

Utilización o facilitación de medios de comunicación (en el que fue víctima José M.): ciento veinte (120) meses de prisión y sesenta y siete (67) salarios mínimos de multa.

Utilización o facilitación de medios de comunicación (en el que fue víctima Sara): ciento veinte (120) meses de prisión y

⁷² Cf. folio 252-254 de la actuación principal.

sesenta y siete (67) salarios mínimos de multa.

Y acceso abusivo a un sistema informático: cuarenta y ocho (48) meses de prisión y cien (100) salarios de multa.

Lo anterior significa que, como el incremento en razón del concurso correspondió en total a cincuenta (50) meses de prisión y sesenta (60) salarios mínimos de multa, esas cifras, guardando las proporciones, correspondían a las siguientes:

Constreñimiento ilegal: dos (2) meses y dieciocho (18) días de prisión.

Utilización o facilitación de medios de comunicación (José M.): diecinueve (19) meses y veintidós (22) días de prisión, y diecisiete coma dieciocho (17,18) salarios mínimos de multa.

Utilización o facilitación de medios de comunicación (Sara): diecinueve (19) meses y veintidós (22) días de prisión, y diecisiete coma dieciocho (17,18) salarios mínimos de multa.

Y acceso abusivo a un sistema informático: siete (7) meses y veintiocho (28) días de prisión, y veinticinco coma sesenta y cuatro (25,64) salarios mínimos de multa.

Ahora bien, dado que los comportamientos de *utilización o facilitación de medios de comunicación* habrán de degradarse a los de *actos sexuales con menores de catorce (14) años*, las penas también deberán ajustarse a los mínimos, en este caso, a nueve (9) años o ciento ocho (108) meses de prisión. Y como la acción por el delito de *constreñimiento ilegal* ya prescribió

(véase 2.2), la pena que habrá de imponerse, observando el criterio del juez de primer grado, se limitará a la suma de las sanciones por estos delitos:

Actos sexuales con menor de catorce (14) años (contra José M.) (artículo 209 de la Ley 599 de 2000): diecisiete (17) meses y veintitrés (23) días de prisión.

Actos sexuales con menor de catorce (14) años (contra Sara) (artículo 209 del Código Penal): diecisiete (17) meses y veintitrés (23) días de prisión.

Pornografía con personas menores de dieciocho (18) años (contra Laura) (artículo 218): ciento treinta (130) meses de prisión y ciento sesenta (160) salarios mínimos de multa.

Y acceso abusivo a un sistema informático (contra José M.) (artículo 267-A): siete (7) meses y veintiocho (28) días de prisión, y veinticinco coma sesenta y cuatro (25,64) salarios mínimos de multa.

Para una pena total de catorce (14) años, cinco (5) meses y catorce (14) días de prisión, así como ciento ochenta y cinco (185) coma sesenta y cuatro (185,64) salarios mínimos de multa.

La pena accesoria de ley corresponderá también a la de la prisión, esto es, catorce (14) años, cinco (5) meses y catorce (14) días. Igualmente, la accesoria de prohibición de acercarse o comunicarse con las víctimas, dado que el inciso final del artículo 51 de la Ley 599 de 2000 señala que aquella “*estará vigente durante el tiempo de la pena principal*”.

69
PARRA

Como el procesado lleva detenido desde el 11 de julio de 2012⁷³, no ha cumplido la sanción y permanecerá privado de la libertad.

En este orden de ideas, la Corte casará en forma parcial y oficiosa el fallo impugnado con el fin de (i) declarar prescrita la acción por la conducta punible de *constreñimiento ilegal*, (ii) degradar a favor de MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ el concurso de delitos de *utilización o facilitación* a los de *actos sexuales con menor de catorce (14) años* y (iii) reducir la pena en los términos ya indicados. Adicionalmente, precisará que la decisión de segunda instancia seguirá incólume en aquellos puntos que no fueron objeto de modificación.

8. Otra determinación

En los ordenadores de propiedad del acusado, la Fiscalía encontró material pornográfico de variada índole, distinto a las fotos y el video de la menor Laura por los que fue juzgado dentro de este proceso.

Dicho material comprende fotos de menores de edad que en los términos del fallo CSJ SP123, 7 feb. 2018, rad. 45868, no constituyen "*representaciones reales de actividad sexual*" (jóvenes en 'poses sugestivas', desnudos que no ostentan un carácter sexualmente explícito, etc.) También hay pornografía en la cual es difícil establecer si algunas de las modelos han alcanzado o no los dieciocho (18) años.

⁷³ Folio 52 de la actuación principal.

Manuel

Sin embargo, hay dos (2) videos en los que, sin lugar a dudas, aparecen niños (que con seguridad no han cumplido los diez -10- años, quizás menos) teniendo sexo con adultos. Se trata, al parecer, del contenido de una industria ilícita de explotación que poseía el acusado en calidad de cliente.

Por esta razón, la Corte reiterará la orden de remisión de copias proferida en primera instancia⁷⁴ para que la Fiscalía, si es que no lo ha hecho, abra investigación contra MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ por esa específica conducta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

1. *No casar* en razón de los reproches presentados por el demandante.
2. *Casar* oficiosa y parcialmente el fallo impugnado.
3. *Decretar* la prescripción de la acción penal por el delito de *constreñimiento ilegal*.
4. *Declarar* que MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ es responsable por las conductas punibles de *actos sexuales con*

⁷⁴ Folio 250 de la actuación principal.

71
Rojas

menor de catorce (14) años (en concurso, siendo las víctimas José M. -por hechos ocurridos en 2009- y Sara), pornografía con personas menores de dieciocho (18) años y acceso abusivo a un sistema informático.

5. Como consecuencia de lo anterior, *reducir a catorce (14) años, cinco (5) meses y catorce (14) días la pena de prisión y la accesoria de ley, así como la privativa de otro derecho, que le fueron impuestas a MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ. Y, la pena de multa, a ciento ochenta y cinco coma sesenta y cuatro (185,64) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

6. *Precisar que el fallo de segunda instancia permanece incólume en todo aquello que no fue objeto de modificación.*

7. *Dar cumplimiento a lo previsto en el apartado "OTRA DETERMINACIÓN".*

Contra esta providencia, no procede recurso alguno.

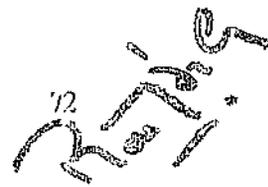
Notifíquese y cúmplase


EYDER PATIÑO CABRERA

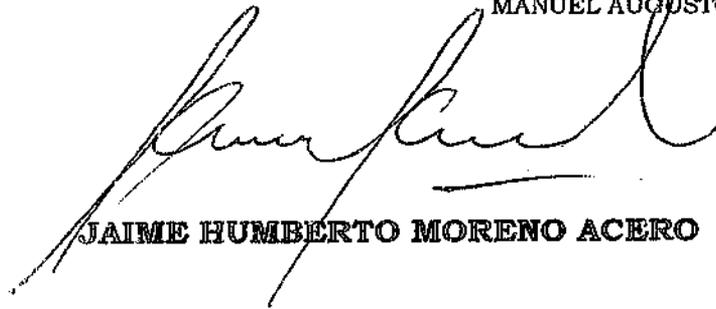
~~JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA~~


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

~~LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~



CASACIÓN 47234
MANUEL AUGUSTO PARRA JIMÉNEZ



J Jaime Humberto Moreno Acero



P Patricia Salazar Cuéllar

Salvamento parcial de voto

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Handwritten signature



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Rad. N° 47.234

Con respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, salvo parcialmente mi voto en relación con la sentencia referenciada. La razón esencial para apartarme en algunos aspectos de la decisión adoptada por la mayoría estriba, por una parte, en la *incompleta* comprensión del bien jurídico tutelado en los delitos de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores y de pornografía con menores de 18 años; por otra, en el incorrecto juicio de adecuación típica de un comportamiento constitutivo del delito de acoso sexual.

En ese entendido, a continuación, expongo los motivos que sustentan mi disenso parcial:

1. A la hora de definir el ámbito de protección de las mencionadas conductas punibles, la Sala mayoritaria limita la protección jurídico penal a eventos de *explotación* sexual comercial (ejercicio de la prostitución infantil, pornografía con menores o turismo sexual), pasando por alto que el *abuso* sexual infantil es un fenómeno que el legislador, igualmente, declaró objeto de reproche. De ahí que, al dejarse por fuera dicha dirección de ataque al bien jurídico, se llegue a vacíos de protección que, en el presente caso, se ven evidenciados en hipótesis de atipicidad de comportamientos que en verdad merecen ser sancionados penalmente.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized, elongated shape that resembles the letter 'A' with a vertical stroke extending upwards.

1.1 En ese sentido, no es cierto que la voluntad del legislador, al crear el tipo penal del art. 219 A, se hubiera limitado a combatir -únicamente- *“la explotación sexual de la infancia ligada al turismo sexual”*. Esa fue una primera intención que se materializó en la Ley 679 de 2001; sin embargo, con la Ley 1329 de 2009 se concretó el propósito de *ampliar* los ámbitos de punibilidad en referencia al sujeto activo, la conducta típica y los medios utilizados.

A esos concretos aspectos, contrario a lo afirmado por la mayoría, subyace una intención de erradicar *todas* las formas de *abuso* sexual infantil; no sólo las tipologías de explotación *comercial*, como finalmente termina afirmándose al limitar los escenarios de punición a eventos relacionados con *“trata de menores, turismo sexual y exposición comercial de la infancia a actividades propias de la prostitución o la pornografía”*.

En los antecedentes legislativos citados en la decisión se distingue entre explotación y *abuso* de niños, pero esta última categoría no es desarrollada para comprender los contornos de protección jurídico penal y, por esa vía, los componentes del bien jurídico tutelado. Mas esa intención venía remarcada desde la exposición de motivos y el informe de ponencia para primer debate del proyecto de ley (146/2008 Cámara- 181/2007 Senado), en los que se destacó el propósito de ajustar la legislación interna a los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, de acuerdo con los cuales las personas menores de 18 años tienen derecho a *“no sufrir abusos sexuales ni ser utilizados como objetos sexuales comerciales, siendo necesario penalizar las conductas de personas que someten a los NNA al abuso y la explotación sexual”*.

1.2 De ahí que *limitar* la adecuación típica de las conductas previstas en el art. 219A a entornos de prostitución infantil y turismo sexual *no* guarda coherencia con los instrumentos internacionales de protección de los menores de edad contra las formas de *abuso* y explotación sexual.

En primer término, si bien la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) no define "*violencia sexual*", incluye "*abuso sexual*" en su definición de "*violencia*" (art. 19) y se refiere específicamente a la protección contra la explotación y *el abuso sexuales* (art. 34).

Ciertamente, la CDN no aclara cuál es la diferencia entre abuso sexual y explotación sexual de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, *el abuso sexual de niñas, niños y adolescentes no requiere la existencia de un elemento de intercambio y se puede producir por el mero propósito de la satisfacción sexual de la persona que comete el acto, mientras que la explotación sexual de niñas, niños y adolescentes se distingue por el concepto subyacente de intercambio.*

La Organización Mundial de la Salud, por su parte, define "*abuso sexual infantil*" de la siguiente manera: "*abuso sexual de un niño es la participación de un niño en una actividad sexual que no comprende completamente y a la que no puede dar consentimiento o para la cual no está preparado en su desarrollo y no puede consentir, o que viola las leyes o los tabús sociales de una sociedad. El abuso sexual de un niño está evidenciado por una actividad entre un niño y un adulto u otro niño, que, por su edad o desarrollo, está en posición ante el primero de responsabilidad, confianza o poder y que pretende gratificar o satisfacer sus necesidades*".

Ciertamente, una niña, un niño o un adolescente es víctima de explotación sexual cuando participa en esa actividad sexual a cambio de algo (por ejemplo, ganancia o beneficio, o incluso la promesa de tales) recibida por una tercera persona, el agresor, o incluso la propia niña, niño o adolescente. *Explotación*, en ese contexto, es un término clave que marca la diferencia entre este fenómeno y lo que se entiende por violencia sexual y abuso sexual a niñas, niños y adolescentes. La distinción principal radica en la noción de *provecho o intercambio*, que conlleva la explotación, que sin embargo no se incluyen en los conceptos de abuso y/o violencia. En la "*ley modelo de la UNODC sobre la trata de personas*", por ejemplo, figura la siguiente definición de la explotación sexual: "*por explotación sexual se entiende la obtención de beneficios financieros o de otra índole de la participación de otra persona en la prostitución, la servidumbre sexual u otros tipos de servicios sexuales, incluidos actos pornográficos o la producción de material pornográfico*".

Bien se ve, entonces, que la explotación sexual en viajes y turismo, así como la utilización en prostitución, son modalidades comerciales de explotación que no agotan la constelación de formas de violencia sexual, las cuales incluyen la modalidad *de abuso*.

Un ejemplo claro de que no sólo se penalizan conductas de *explotación* sexual, sino que el Código Penal incluye modalidades de abuso, donde es indiferente la existencia de un provecho o intercambio, es la pornografía con menores de 18 años (art. 218 C.P.). Las representaciones que contienen actividades sexuales de niños entrañan una degradación del menor registrado a *mero objeto* de registro o difusión, para la satisfacción de finalidades sexuales a ellos *ajenas*. Por regla general, el interés del "*consumidor*" -dirigido a infantes- no recae

sobre protagonistas con plena autodeterminación y formación sexuales. De ahí que tales representaciones traigan consigo una *situación de abuso* que, por antonomasia, diferencia a la pornografía infantil con la de adultos, cuyos parámetros definitorios son distintos.

Por tales razones, es inapropiado sostener que "*cualquier ampliación del tipo por fuera de un contexto de prostitución infantil o turismo sexual termina por contemplar conductas cotidianas y socialmente permitidas*".

1.3 El bien jurídico protegido, en los delitos contra el *abuso y la explotación* infantil no es únicamente el de la formación sexual, sino que el interés de tutela jurídico penal trasciende la esfera individual para amparar intereses *colectivos*, cifrados en la protección especial de personas menores de 18 años, quienes por esa condición han de mantenerse ajenos a escenarios de violencia sexual que no sólo afecta a los menores *directamente* explotados o abusados, sino que, en términos supraindividuales, perjudica a dicha población en tanto *género*.

La explotación y el abuso sexual de menores implica un desequilibrio de poder basado en patrones de discriminación que afectan sus derechos como colectivo. La población infantil, desde la perspectiva de género, comparte con poblaciones tradicionalmente discriminadas el ser considerada "*algo menos*" en relación con el abusador o explotador; y a partir de esa discriminación, se estimula y naturaliza su *cosificación* o *instrumentalización* como *objetos sexuales* para el servicio del adulto.

De acuerdo con los instrumentos internacionales de protección en esta materia, el bien jurídico supraindividual, junto a la formación y al desarrollo sexual de un menor concernido -en particular-, es la *dignidad humana*, cuya mayor afectación deriva de las tipologías de violencia sexual contra menores de edad (abuso y explotación).

De ahí que si bien pueda ser discutible, desde la perspectiva del carácter de *última ratio* del derecho penal, así como desde el principio de proporcionalidad de la pena, que la solicitud de actos sexuales a menores utilizando medios de comunicación sea más grave que inducirlos en persona, mal podría catalogarse esa realidad normativa como "*absurda*", "*irrelevante*" o "*carente de diferencia sustancial*". Ello, por cuanto en las hipótesis de abuso y explotación, distintas a los tipos penales clasificados en la violación y los actos sexuales abusivos, hay intereses supraindividuales que, desde los instrumentos de derechos humanos, reclaman la anticipación de estadios de protección penal, al tiempo que censuran actos de cosificación de los menores en entornos donde no se presenta interacción personal en estricto sentido, como los medios digitales, en los que por excelencia se desarrollan conductas como la pornografía, la seducción o *grooming*, el *sexting* o intercambio de mensajes con contenido sexual, la extorsión sexual o *sextorsión*, la venganza por medio de pornografía o el *streaming* (transmisión en vivo de abuso sexual de NNA). Todas esas conductas entrañan un componente comunicativo de discriminación y cosificación que, por alentar la violencia de género, también pretende ser erradicado con la criminalización de algunos de dichos comportamientos, máxime que, por su mayor dificultad de detección y control, debido al anonimato que proporcionan los medios virtuales,

exponen en mayor medida a los niños, niñas y adolescentes a situaciones de abuso sexual.

1.4 No es cierto que, a partir de los 14 años, cualquier persona pueda ejercer *ilimitadamente* su sexualidad. A la luz de los *instrumentos internacionales* pertinentes, tal aserto no puede entenderse categóricamente, pues la condición de niño es la de menor de 18 años. Una cosa es que el menor de edad púber -entre 14 y 18- tenga una *incipiente* capacidad para tener relaciones sexuales en ámbitos de *interacción personal*, en los que realiza su deseo sexual en un plano *de igualdad*, y otra, bien distinta, que sea abusado o explotado en escenarios de actividad sexual donde ya no es sujeto en una relación sexual, sino *objeto*. Es decir, el menor púber sí tiene capacidad para ejercer su sexualidad, pero no en escenarios de *abuso*.

Ese es el paradigmático ejemplo de la pornografía infantil, donde el carácter pornográfico de una representación de actividad sexual, entonces, implica una *despersonalización* del comportamiento sexual de alguien, donde la actividad de contenido erótico se ve separada de su *normal* significación personal y social -como acto de placer entre personas o de autosatisfacción-, dejando de ser una relación interpersonal de reconocimiento recíproco, para convertirse en una dinámica de sujeto-*objeto*. El representado, entonces, se ve despojado de un reconocimiento personal y pasa a ser un *objeto intercambiable o representable* de estimulación del deseo sexual en *otro* -ajeno a la actividad sexual registrada-, a saber, el receptor o receptores de la representación. Es por ello que la pornografía es un *acto comunicativo*: lo pornográfico no es el comportamiento sexual en sí, sino la *comunicación* al respecto.

De ahí que, contrario a lo sostenido por la mayoría, sea penalizada la pornografía con menores de 18 años "*para uso personal*", que la decisión concibe como un comportamiento aceptado como ejercicio de "*libertad sexual constitucionalmente reconocida*".

2. Por otra parte, la limitación del objeto de reproche a situaciones de explotación sexual, sin considerar eventualidades de *abuso sexual infantil*, conlleva, en el caso en concreto, a la errónea declaración de atipicidad de la conducta de contactar a José M. cuando éste tenía 15 años, fingiendo el acusado ser alguien llamado Luisa Fernanda, a fin de solicitarle actividades de índole sexual (tomarse y enviarle fotografías desnudo). Para la Sala mayoritaria, tal comportamiento es atípico porque "*no se realizó en un trasfondo de prostitución infantil ni turismo sexual*", al tiempo que "*el sujeto pasivo ya gozaba del derecho a decidir libremente acerca de su sexualidad*".

Si bien el *grooming* no es delito en Colombia, la decisión de la mayoría pasa por alto que, en ese contexto de seducción virtual de un adulto a un menor de edad, el acusado ya había identificado a José M., desde que éste tenía 13 años, como víctima y blanco de solicitudes sexuales, *prolongando* el asedio verbal por medios virtuales, con fines sexuales no consentidos. Y ello configura el delito de acoso sexual.

Es falaz sostener que el agente *no tenía* y no se valió de su superioridad manifiesta, pues ésta evidentemente se basaba en la edad y asimetría en experiencia sexual entre sujeto activo y sujeto pasivo. Precisamente, tales factores fueron determinantes para manipular al menor, ya de 15 años, a fin de que accediera a enviarle las fotografías, al margen de que

aquél no lo hubiera hecho, gracias a que se percató de que se trataba de la misma persona que, dos años atrás, lo había contactado para inducirlo a hablar de temas sexuales, le pidió fotografías desnudo y accedió abusivamente a su cuenta de Facebook.

Que el procesado no hubiera anunciado su edad no quiere decir que aquél no se hubiera *valido* de su superioridad basada en ella para hostigar sexualmente al menor. En el caso bajo examen, es innegable que el señor Parra Jiménez persiguió a José M., pues existió sistematicidad (CSJ SP834-2019) en los actos destinados a la satisfacción de sus finalidades sexuales, que inicialmente no podían ser consentidas por aquél, dado que fue abordado cuando era menor de 14 años, y posteriormente no tenía por qué soportar cuando tenía 15 años.

Además de haber sido repetitivas las solicitudes con fines sexuales, ha de resaltarse el contexto de identificación selectiva de las víctimas e injerencia abusiva en sistemas informáticos para lograr el acusado sus cometidos sexuales, en nada consentidos por el menor. No es como tal el intento de seducción (*grooming*) lo que constituye la punibilidad de la conducta, como se pretende hacer ver en la decisión mayoritaria, sino que en ese *contexto* se dieron los actos de *asedio u hostigamiento* basados en la asimétrica relación de superioridad marcada por la edad del acusado, para lograr sus fines sexuales, no consentidos por José M.

Y, en todo caso, la mayoría pasa por alto que *una* de las modalidades de abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes es, precisamente, el *ciberacoso o acoso sexual en línea*. La Convención de Estambul sobre violencia contra la mujer, en su art. 40, define el *acoso sexual* como “*toda forma*

de comportamiento no deseado, verbal, no verbal o físico, de carácter sexual, que tenga por objeto o resultado violar la dignidad de una persona, en particular cuando dicho comportamiento cree un ambiente intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

Bajo esa definición, la UNICEF ha venido advirtiendo, cada vez con mayor frecuencia, de la gravedad del *acoso sexual en línea* en contra de menores de edad, así como de la alta dañabilidad que comporta esa modalidad de abuso infantil¹. Al respecto, como se destacó en el Informe sobre el Estado Mundial de la Infancia de 2017, desde la perspectiva de género, que no sólo comprende como sujetos víctima a las mujeres sino a los niños, niñas y adolescentes, el acoso en *online* es una clara continuación del sexismo y la misoginia *offline*, y corre el peligro de convertirse en una norma establecida. Según un informe de 2015 de la Comisión de Banda Ancha de la ONU para el Desarrollo Digital titulado *Cyber Violence Against Women and Girls: A worldwide wake-up call* (Ciber Violencia contra las mujeres y las niñas: una llamada de atención mundial), la violencia en línea y fuera de línea, o la violencia física contra las mujeres y las niñas, y la ‘*ciberviolencia*’ contra las mujeres y niñas, se alimentan mutuamente.

Lastimosamente, la decisión mayoritaria, bajo una comprensión limitada de los contornos de protección de los bienes jurídicos tutelados en este tipo de delitos, con desatención de la perspectiva de género, desatiende la superlativa *lesividad* de estas conductas, que en reciente pronunciamiento quedó evidenciada con la publicación de la última encuesta realizada por el Fondo de Naciones Unidas para la Niñez en 30 países, a más de 170.000 estudiantes. El

¹ Cfr. UNICEF. *Estado Mundial de la Infancia, 2017: Niños en un mundo digital*.

estudio -publicado el 4 de septiembre de 2019- fue realizado conjuntamente por UNICEF la oficina de la Representante Especial de la ONU sobre la Violencia contra los Niños, a través de la herramienta U-Report, que les permitió participar de manera anónima a través de SMS y mensajes instantáneos y reveló que uno de cada tres jóvenes ha sido víctima de *acoso cibernético*, y uno de cada cinco ha tenido que faltar a la escuela por esa razón. A su vez, casi tres cuartas partes de los encuestados dijeron que las redes sociales como Facebook, Instagram, Snapchat y Twitter son el lugar más común para este tipo de *acoso*².

Por consiguiente, sin perjuicio de los demás ajustes efectuados en los juicios de adecuación típica de las conductas atribuidas al procesado, considero que éste debió haber sido declarado responsable, como autor, del delito de acoso sexual, por haber asediado y hostigado a José M. cuando éste tenía 15 años de edad, valiéndose de su superioridad, para obtener un fin sexual no consentido, cifrado en la obtención de fotos en desnudo del menor, mediante insistentes conversaciones en la red social Facebook, en la que el acusado fingió ser otra persona.

De esta manera, dejo sentado mi parcial voto disidente.


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada

² Cfr. <https://news.un.org/es/story/2019/09/1461612>.