

UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON MENOR DE 18 AÑOS – MODIFICACIÓN DE LA LEY 1329 DE 2009 AMPLIÓ SU ALCANCE FORTALECIENDO LA INTERPRETACIÓN DEL TIPO PENAL EN MEDIO DE UN CONTEXTO DE EXPLOTACIÓN SEXUAL: Cualquier ampliación del tipo penal 219 A en entornos ajenos a la prostitución infantil, turismo sexual etc., termina por contemplar conductas cotidianas y socialmente permitidas, o comportamientos ya previstos como delito y con pena menor, como la conducta de actos sexuales con menor de 14 años. / LA CONDUCTA DESCRITA EN EL ARTICULO 219 A AL SER INTERPRETADA OMITIENDO EL CONTEXTO DE EXPLOTACIÓN SEXUAL QUE REQUIERE, DEGENERARÍA EN LA CONDUCTA DE ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS - DELITO DE ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS: Abarca tres escenarios principales (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.

Posteriormente, el tipo penal fue objeto de modificaciones a través del artículo 14 de la Ley 1236 de 2008 que incrementó la pena de prisión y así mismo, el artículo 4 de la Ley 1329 de 2009 que modificó el tipo penal con los fines de I) ampliar el alcance de este delito a su autor (cliente o abusador y a su coautor (proxeneta o intermediario), II) agregar los verbos obtener, que implicaría al que demanda el contacto, y ofrecer y facilitar, si se trata de intermediario² y III) incluir la telefonía como medio de comunicación utilizado regularmente por los autores para contactar a sus víctimas. Es decir, la expansión de la cobertura típica no abandonó la intención de que dicho comportamiento tuviese objetivo distinto al de erradicar la trata de menores, el turismo sexual y la exposición comercial de la infancia a actividades propias de la prostitución o pornografía y, por el contrario, con la modificación de la Ley 1329 de 2009 se amplió su alcance fortaleciendo la interpretación del tipo penal en medio de un contexto de explotación sexual. La concurrencia del tipo penal en tales circunstancias es coherente desde: I) la perspectiva del orden jurídico interno, en el que la conducta se encuentra localizada en el capítulo IV del título IV de la parte especial del C.P que trata acerca “DE LA EXPLOTACION SEXUAL” por lo que, la afectación relevante del bien jurídico en tales conductas no podría comprenderse en ámbitos ajenos al constreñimiento o inducción a la prostitución o a la utilización de menores con el fin de prestar servicios sexuales y II) la perspectiva del derecho internacional, puesto que, las conductas punibles establecidos en los artículos 219 A, 217 A y 218 surgieron de la obligación adquirida por el Estado en lo que respecta a la creación de diferentes mecanismos que de manera eficaz combatan la prostitución infantil y el turismo sexual. Bajo este contexto, jurisprudencialmente se ha determinado que, cualquier ampliación del tipo penal 219 A en entornos ajenos a la prostitución infantil, turismo sexual etc., termina por contemplar conductas cotidianas y socialmente permitidas, o comportamientos ya previstos como delito y con pena menor, como la conducta de actos sexuales con menor de 14 años. Aspecto que procederá a explicarse, 4.3.2 La conducta descrita en el artículo 219 A al ser interpretada omitiendo el contexto de explotación sexual que requiere, degeneraría en la conducta de actos sexuales con menor de 14 años. Al confrontarse la conducta de Actos sexuales con menor de 14 años del artículo 209 del C.P con la conducta de utilización o facilitación de medios de comunicación (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 14 años actos sexuales distintos al acceso carnal se contempla como una acción mucho más grave que la materialización de dichos actos. Pues, el artículo 209 consagra una pena de 9 a 13 años de prisión mientras que el artículo 219 A prescribe una pena de 10 a 14 años, aumentada hasta en la mitad si el sujeto pasivo es menor de 14 años, de modo que, la pena por el acto preparatorio o tentado sería mayor que la pena por la consumación, lo cual carecería de sentido. En este punto es del caso precisar que el delito de actos sexuales con menor de 14 años abarca tres escenarios principales (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. Ahora, conforme a la real academia española, por “inducir” se entiende la acción de «provocar o causar algo» y también «mover a alguien a algo o darle motivo para ello» de modo que, 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.

ÚNICAMENTE SI SE INTERPRETA EL ARTÍCULO 219A EN UN TRASFONDO DE PROSTITUCIÓN INFANTIL O DE TURISMO DE MENORES, PUEDE DISTINGUIRSE, LA CONDUCTA DE INDUCIR A PRÁCTICAS SEXUALES AL MENOR DE 14 AÑOS (SANCIONADA POR EL ARTÍCULO 209) Y LA DEL USUARIO DE SERVICIOS DE EXPLOTACIÓN SEXUAL A MENORES QUE CON FINES SEXUALES ACUDE A CUALQUIER MEDIO DE COMUNICACIÓN QUE LOS OFREZCA (ARTÍCULO 219 A). - SI LA CONDUCTA DESCRITA EN EL ARTÍCULO 219 A SE REALIZA CON MENORES ENTRE LOS 14 Y LOS 18 AÑOS EN UN CONTEXTO AJENO A LA EXPLOTACIÓN SEXUAL, LA MISMA DEVIENE EN UNA CONDUCTA ATÍPICA: En escenarios de explotación sexual, 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.

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 los 9 y 13 años, ello en razón a que, si el bien jurídico protegido 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 al no existir diferencia sustancial entre corromper a un niño en persona o por teléfono, correo, twitter, Facebook o WhatsApp, etc. Por consiguiente, únicamente si se interpreta el artículo 219A en un trasfondo de prostitución infantil o de turismo de menores, puede distinguirse sin lugares a equívocos, la conducta de inducir a prácticas sexuales al menor de 14 años (sancionada por el artículo 209) y la del usuario de servicios de explotación sexual a menores que con fines sexuales acude a cualquier medio de comunicación que los ofrezca (artículo 219 A). 4.3.3.- Si la conducta descrita en el artículo 219 A se realiza con menores entre los 14 y los 18 años en un contexto ajeno a la explotación sexual, la misma deviene en una conducta atípica. La normatividad penal, presume incapacidad para el libre ejercicio de una vida sexual en los menores de 14 años y admite que desde esa edad la persona puede ejercer libremente su sexualidad, decidir con autonomía y voluntad y tener 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. Al efecto se ha indicado: En este orden de ideas, ser sujeto de ofertas, solicitudes o sugerencias en temas sexuales es, para todos los asociados a partir de los catorce (14) años, una de las consecuencias del libre desarrollo de la personalidad, derecho fundamental que no ostenta “más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”, conforme a lo señalado en el artículo 16 de la Carta Política. No obstante, en escenarios de explotación sexual se aclaró: 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. Teniendo en cuenta lo anterior, si bien podría argüirse que una interpretación del tipo penal 219 A por fuera del contexto de explotación sexual sería necesaria para proteger a los menores de 14 a los 18 años de depredadores sexuales y engaños, tal postura no es convincente conforme a lo determinado por la Corte Suprema de justicia, puesto que: I) limita la libertad a quienes la norma ya les ha reconocido la capacidad de discernimiento acerca de su sexualidad, II) obedece a una filosofía paternalista y autoritaria y III) coarta de manera infundada el ejercicio al libre desarrollo de la personalidad, que no solo implica la asunción de 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 14 años aparte de ser capaz de escoger libremente el rumbo de su vida sexual puede comprender que, para el manejo de sus redes sociales debe adoptar medidas de precaución. Así las cosas, la Alta Corporación afirmó que, la interpretación del artículo 219 A debe abordarse dentro de un contexto de explotación sexual, pues de lo contrario cuando el sujeto pasivo es mayor de 14 años sancionaría conductas íntimas, aprobadas socialmente y ausentes de menoscabo a cualquier bien jurídico. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en la providencia SP4573-2019; CSJ SP4573 del 24 de octubre de 2019, Radicación 47234; artículo 219-A del Código Penal.

ABSOLUCIÓN POR EL DELITO DE UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON MENOR DE 18 AÑOS – ERROR DE TIPO EN CONDUCTA QUE SE DESARROLLÓ MEDIANTE WHATSAPP: Ninguna de las pruebas allegadas y presentadas en juicio advierten la posibilidad de que el procesado tuviera conocimiento de la verdadera edad de K.G.C.G. y que indujera a que le estaba mintiendo sobre ello; al haber sido inducido en error frente a la edad de la menor, se descarta que se hubiera cometido con dolo la conducta típica objetiva, requisito indispensable para la configuración del tipo penal.

Inicialmente, se observa que, el A-quo en sus consideraciones, precisó que el delito por el cual estaba siendo acusado el procesado debía abordarse en un entorno de explotación sexual de menores, tal como lo ha dispuesto la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; Sin embargo, al analizar los hechos y las pruebas allegadas al proceso este omitió acreditar el contexto de explotación sexual y condenó al procesado por hacerle propuestas de índole sexual a K.G.C.G. GEOVANA y haberle enviado una fotografía de un pene erecto a través de conversaciones de WhatsApp bajo el delito de “utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años”. Decisión que fundamentó en 5 aspectos: I) El procesado se valió de la red social Facebook para establecer amistad con K.P.C.G. II) el procesado se ganó su confianza fingiendo ser una persona de la misma edad, III) doblegó la voluntad de la víctima para obtener su cometido del envío de fotos, IV) una red que crea grupos de WhatsApp para captar e inducir a menores a prácticas sexuales en los que



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

obra como administrador el señor GERSON ANDRÉS y V) la conducta se configura con el solo ofrecimiento. (...) Así las cosas, analizados todos estos aspectos en conjunto, es decir, la edad que afirmó tener K.G.C.G. para el momento de los hechos que discrepaba de la realidad, el ingreso voluntario a los grupos de WhatsApp, la forma en que participó en las conversaciones con GERSON ANDRÉS y su interés de conocer y conversar con un chico mayor, es claro que se presentaron factores concretos y expresos que, en efecto, pudieron llevar al acusado asumir que la menor tenía 16 años como se lo afirmó, aunado que, ninguna de las pruebas allegadas y presentadas en juicio advierten la posibilidad de que el procesado tuviera conocimiento de la verdadera edad de K.G.C.G. y que indujera a que le estaba mintiendo sobre ello. Motivo por el cual tampoco puede condenarse al señor GERSON ANDRÉS por la conducta de actos sexuales con menor de 14 años, dado que, al haber sido inducido en error frente a la edad de la menor, se descarta que se hubiera cometido con dolo la conducta típica objetiva, requisito indispensable para la configuración del tipo penal. En consecuencia, se procederá a reconocer a favor del procesado el error de tipo respecto del ingrediente normativo "menor de 14 años" exigido por el tipo penal de "actos sexuales con menor de catorce años", y en consecuencia la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama el 7 de diciembre de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
SANTA ROSA DE VITERBO

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación

Ley 1128 de 2007

SALA ÚNICA

Febrero, veintidós (22) de dos mil veinticuatro (2024)

CLASE DE PROCESO:	Penal - Ley 906 de 2004
RADICACIÓN:	15238-61-03-134-2016-80014-02
PROCESADO:	GERSON ANDRÉS ESTUPIÑÁN ESTUPIÑÁN
DELITO:	Utilización o Facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menor de 18 años
JDO ORIGEN:	Primero Penal del Circuito de Duitama
P. DE ALZADA:	Sentencia del 7 de diciembre de 2022
DECISIÓN:	Revoca
DISCUSIÓN:	Aprobado en Sala No. 1 del 1 de febrero de 2024
Mg. PONENTE:	LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO (Sala Primera de Decisión)

Se ocupa esta Sala en resolver el recurso de apelación propuesto por el procesado GERSON ANDRÉS ESTUPIÑÁN ESTUPIÑÁN, a través de su defensor de confianza, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama el 7 de diciembre de 2022.

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- HECHOS:

Los hechos que dieron lugar a la presente actuación se sintetizan de la siguiente manera:

La señora Nany Geovana Gil al revisar el celular de su hija K.G.C.G. observó que la prenombrada recibía mensajes a través de la aplicación WhatsApp, específicamente, desde chats grupales denominados “sexo todo el día” y “sexo al máximo”, los cuales, tiene por objeto compartir videos y fotografías pornográficas entre mayores de edad.

Al igual, constató que desde un chat privado le estaban solicitando a su hija compartir fotos y videos desnuda, pretensión a la que accedió al enviar dos fotos y la persona con la que interactuaba le envió una foto de un pene erecto.

1.2.- ACTUACIÓN PROCESAL:

-. El 24 de julio de 2018, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Duitama llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación, oportunidad en la que la Fiscalía Novena delegada ante los Jueces del Circuito de Duitama le endilgó al señor GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN la autoría del ilícito de *Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*- como lo estipula el artículo 219 A del C.P.

-. El conocimiento le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, Despacho que, el 30 de noviembre de 2020, realizó la audiencia de formulación de acusación y el 10 de septiembre de 2019 adelantó la audiencia preparatoria.

-. El Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama desarrolló el juicio en sesiones del 8 y 9 de noviembre de 2021 y 27 y 28 de abril de 2022 y, finalmente, el 7 de diciembre de 2022 profirió el fallo respectivo.

2.- DE LA SENTENCIA RECURRIDA:

El 7 de diciembre de 2022, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama resolvió:

“PRIMERO. - CONDENAR a GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN debidamente identificado e individualizado con la cedula de ciudadanía No 1.005.879.260 de Cali-Valle del Cauca, a la pena principal de ciento veinte (120) meses de prisión y una multa de sesenta y siete (67) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en su calidad de autor del delito de Utilización o facilitación de medios de Comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años.

SEGUNDO. – CONDENAR a GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN a la pena accesoria de Inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un término igual al de la pena principal.

TERCERO. – NEGAR a GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN la suspensión de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria conforme a lo expuesto en la parte motiva. Líbrese por secretaria orden de captura y envíese la misma a las autoridades pertinentes y ofíciase al INPEC en los términos arriba mencionados.

CUARTO. – INDICAR a la representación de la víctima que cuenta con el término legal de 30 días posteriores a la ejecutoria de la sentencia para iniciar el incidente de reparación integral”.

La anterior decisión se fundamentó en las siguientes consideraciones:

-. Manifestó que la configuración del delito endilgado refiere a la utilización o facilitación de cualquier medio de comunicación, entre ellos, la telefonía, a fin de obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad sexual con persona que no haya cumplido la mayoría de edad y refirió que tal comportamiento debe darse en un contexto de explotación de menores de edad.

-. Subrayó que el ingrediente objetivo es “*utilizar o facilitar correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación*” y el ingrediente subjetivo sería que “*para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años*”, lo anterior, debe entenderse en un ámbito orientado al ejercicio de la prostitución infantil, pornografía con menores o que se encuentre vinculado con el turismo sexual.

-. Adujo que la imputación fáctica de la acusación y el debate probatorio giró en torno a la realización de insinuaciones y peticiones sexuales vía Facebook y WhatsApp a la menor K.G.C.G por parte del procesado.

-. Refirió que el procesado se valió de la red social Facebook para establecer amistad con la menor de edad y ganarse su confianza, fingió ser una persona de la misma edad y gracias a ello, logró que por lo menos le enviara fotos en ropa interior y que éste le enviara foto de su miembro viril erecto.

-. Preciso que lo penalmente reprochable al procesado se contrae al haber doblegado la voluntad de la joven menor de 14 años a través de redes sociales,

para que le enviara fotos y videos en los que le solicitaba que se desnudara y realizara actos de masturbación para su satisfacción privada y personal, además, reiteró, el hecho que el procesado envió fotos de su pene erecto.

-. Afirmó que se generó una coacción a la libertad de la víctima, puesto que existió sistematicidad en los actos destinados a la satisfacción de sus finalidades sexuales, que inicialmente no podían ser consentidas por la menor de edad, dado que fue abordada cuando tenía la edad de 14 años.

-. Arguyó que se presentaron fotografías que trataban de una adolescente, en las que se observa a una persona tocándose las partes íntimas, otra donde se observa el miembro erecto de una persona de sexo masculino y una foto de la adolescente en pijama, las cuales se tuvieron como prueba N°1 y prueba N°2.

-. Indicó que en el informe del investigador de campo FPJ 11 del 25 de febrero de 2016 determinó la fecha y hora de las llamadas entrantes y salientes de los celulares de la víctima y su victimario, además, logró acreditar que el procesado era el titular de la línea 3166634582.

-. Agregó que del material probatorio allegado, en el cual reposan las conversaciones de WhatsApp, las fotografías enviadas, el testimonio de la víctima y su progenitora, el testimonio del procesado y el informe del investigador de campo, encontró configurada la existencia de la conducta típica endilgada, puesto que, el acusado le solicitó el envío de fotos y videos para obtener y/o solicitar contacto o actividad sexual con jóvenes mujeres que aún no habían alcanzado la mayoría de edad.

-. Reiteró que la conducta tuvo ocurrencia con una menor de edad, a través de una red social, puesto que, se crearon grupos de WhatsApp para captar e inducir a menores en este tipo de prácticas, en los cuales se identificó como administrador al señor GERSON ANDRÉS, quien, demandaba prácticas sexuales tales como envío de fotos y videos sexuales de jovencitas entre los 13 y 17 años de edad, *“así se desprende no solo de las conversaciones obtenidas a través de las escuchas telefónicas obtenidas, sino también de la aceptación de cargos de las mujeres mencionadas”(sic).*

-. Explicó que la conducta endilgada se agota con el solo ofrecimiento, sin que sea necesaria la respuesta de la víctima o la obtención del fin último perseguido por el agente y, en el caso concreto, el procesado se valió de internet para obtener favores sexuales de la adolescente pidiéndole que le enviara fotos desnudas e incluso le envió una foto de su miembro viril, dando lugar a la conducta antes descrita.

-. Aclaró que se encuentra comprobada la antijuricidad de las conductas desplegadas por el acusado, puesto que, vulneró el bien jurídico de la libertad, la integridad y la formación sexual de quien aún carecía de autonomía personal, lo anterior, sin que se haya vislumbrado el más mínimo indicio de que su actuar haya estado amparado en causal de ausencia de responsabilidad.

-. Dicho lo anterior, se precisó que el acusado era una persona mayor de edad para la época de los hechos, quien no evidenció incapacidad alguna para comprender su ilicitud o que hubiese estado amparado en alguna causal de ausencia de responsabilidad, por lo que el elemento de la culpabilidad también se encuentra demostrado.

3.- DEL RECURSO DE APELACIÓN.

3.1. DEL RECURSO IMPETRADO POR EL PROCESADO

Inconforme con la decisión adoptada por el *A quo*, el procesado, a través de su Defensor, interpuso recurso de apelación con el objetivo de que se revoque la sentencia y, en su lugar, se le absuelva. Lo anterior, bajo los siguientes argumentos,

-. Refirió que el *A quo* incurrió en una violación indirecta de la ley penal -error de hecho – falso juicio de identidad- distorsión de la prueba, dado que existen inconsistencias entre lo probado en el juicio y los hechos que se dieron por probados en la sentencia, máxime, cuando no existe explicación del porque se tomaron como ciertos.

-. Reseñó que en sede de juicio de probó que,

i) No realizó insinuaciones vía Facebook a la menor K.G.C., pues quedó

demostrado por los testimonios recibidos que tanto ella como el señor GERSON ANDRÉS desconocían la página de perfil de Facebook del otro y que las conversaciones fueron mediante WhatsApp,

ii) La menor K.G.C.G., por curiosidad, conocer gente nueva y a un chico mayor ingresó a la página de Facebook que la remitió a los grupos de WhatsApp.

iii) Él ingresó al grupo de WhatsApp mediante una página de Facebook.

-. Adujo que la Fiscalía no logró comprobar dentro del proceso que él fuera el administrador del grupo y el único sustento probatorio para afirmarlo fue el testimonio de la menor K.G.C.G., empero, tal declaración no puede corroborarse.

-. Arguyó que las redes sociales son dinámicas y que un grupo de WhatsApp puede tener varios administradores, personas que no son inamovibles y que la Fiscalía es quien tiene la carga de la prueba y el deber de probar cada punto de su teoría del caso, situación que no ocurrió.

-. Manifestó que en el expediente está plenamente acreditado que la menor K.G.C.G mintió sobre su edad, dado que le expresó al acusado que tenía 16 años, situación que es coherente con su actuar al creer que de esta forma conocería a chicos mayores. Además, resaltó que el acusado fue inducido en error por la menor K.G.C.G., puesto que no tenía ninguna herramienta para corroborar su edad y que por medio de redes sociales es muy fácil ocultarla, situación frente a la cual, se guardó silencio por parte del *A quo*.

-. Recalcó que, contrario a los sostenido por el *A quo*, él nunca mintió sobre su edad, esta era, 21 años, como se evidencia en las conversaciones.

-. Subrayó que el *A-quo* afirmó la existencia de una presunta red que crea grupos de WhatsApp para captar menores de edad e inducirlos en prácticas sexuales, situación que nunca se comprobó, por el contrario, quedó demostrado que las conversaciones e incluso las fotografías fueron compartidas entre ambos, sin coacción alguna y que permanecieron en la esfera de lo privado, lo que demostró que la finalidad en el actuar del acusado no era pensado como una RED de explotación de menores, más bien como una persona que en su libertad conoce a

otra por medios virtuales.

-. Recalcó que el *A quo* en la providencia dictada incurrió en violación directa a la ley sustancial por interpretación errónea del tipo penal artículo 219 A, dado que, los hechos probados al interior de la causa no constituyen una conducta delictiva, ello, al no adecuarse a la interpretación dogmática y sistemática de la norma, aunado a que tergiverso lo sucedido y desconoció la jurisprudencia.

-. Esbozó que el *A quo* incurrió en un falso juicio de identidad e interpretación del tipo, comoquiera que argumentó,

i) que él se *valió de la red social Facebook* –, cuando se acreditó no se conocieron en Facebook, ni se tenían agregados, asimismo, no se determinó la página que remitía al grupo social ni se probó que tuviera relación con él,

ii) que fingió ser una persona de aproximadamente la misma edad de la víctima, empero, en las conversaciones se constata que siempre dijo tener 21 años.

iii) que doblegó la voluntad de la joven para que se le enviara fotos y videos – desconociendo que los actos fueron mutuamente consentidos y en ninguna conversación se evidenció ningún tipo de chantaje, dádiva, amenaza e inclusive ambos parecían interesados en la conversación.

-. Subrayó que en la sentencia proferida por el *A quo* existen diversas contradicciones, por cuanto, emitió condena pese a aseverar que “*no hubo una situación de explotación ni abuso sexual*” cuando el tipo penal endilgado si la exige, además, omitió valorar que fue inducido en error por parte de la joven K.G.C.G.

-. Aludió que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en sentencia SP4235-2020 sostuvo que es contradictorio consentir la existencia de relaciones sexuales con menores de 18 pero mayores de 14 años y castigar a la persona que entable conversaciones con contenido sexual con personas del prenombrado rango de edad, es decir, 14 a 18 años, o, enviar y/o reciban fotografías o videos de tal estirpe.

-. Resaltó que en el *sub examine* existe una ausencia de hechos jurídicamente

relevantes en la acusación y audiencia de formulación de acusación, pues la fiscalía simplemente se limitó a transcribir la noticia criminal presentada y el juez de conocimiento lo deja pasar de esa manera.

4.- CONSIDERACIONES:

4.1.- COMPETENCIA:

Este Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación propuesto de conformidad con el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

4.2.- PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a lo esgrimido por el recurrente, esta Sala se ocupará de:

-. Determinar si erró el *A-quo* al declarar que la conducta ejecutada por el procesado GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN encuadra típicamente en el punible de *Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*- contenido en el artículo 219 A del C.P.

4.3-. MARCO JURÍDICO

4.3.1-. Del tipo penal de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años

De entrada, es del caso memorar que el tipo penal de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años está consagrado en el artículo 219 A del Código Penal de la siguiente manera,

“Artículo 219 A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 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 18 años de edad

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.”

Frente el precitado tipo penal, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en la providencia SP4573-2019, precisó que tal conducta será típica cuando la misma se perpetre dentro de un contexto de explotación sexual, es decir, en un ámbito orientado a la prostitución infantil, la pornografía con menores o el turismo sexual.

Lo anterior, fue explicado por la H. Corte de la siguiente manera,

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.

Ahora, conforme a la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los niños de 1996, 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 pago o cualquier beneficio de otra índole para el menor o un intermediario*, aspectos que comprenden:

- I) *Las actividades sexuales o eróticas remuneradas con menores de edad*, que no se limitan al acceso carnal, sino que incluyen cualquier otra forma de acto sexual que implique un acercamiento entre la víctima y el explotador y que medie pago u otro tipo de remuneración por la prestación del servicio ya sea al menor o a un tercero;
- II) *“Pornografía infantil o adolescente”*, que incluye todo tipo de acto de reproducción, distribución, divulgación, oferta, venta o posesión de material en que se utilicen menores de 18 años en representaciones reales de actividad sexual
- III) *Espectáculos sexuales* que abarcan la utilización de menores con fines sexuales en exhibiciones o espectáculos, ya sean públicos o privados, en los cuales también median pagos o remuneraciones y,

- IV) El turismo sexual, en el que las menores viajan de su lugar de origen a otro para involucrarse en actividades sexuales ilícitas de forma anónima e impune.

Así, el precedente jurisprudencial precisó que, *“si la conducta endilgada en un proceso penal no se ajusta a la descripción del artículo 219 A en un contexto de explotación sexual la acción será atípica por ausencia de lesividad, al menos con menores entre los 14 y los 18 años.”* Luego, la creación del tipo penal responde a la voluntad del legislador de combatir la explotación sexual ligada al turismo sexual, intensión que ha perdurado en el transcurso del tiempo.

Al efecto, en la exposición de motivos de la Ley 679 de 2001 *“Por medio de la 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”* se indicó:

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.
(...)

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 respaldarse¹

Posteriormente, el tipo penal fue objeto de modificaciones a través del artículo 14 de la Ley 1236 de 2008 que incrementó la pena de prisión y así mismo, el artículo 4 de la Ley 1329 de 2009 que modificó el tipo penal con los fines de I) *ampliar el alcance de este delito a su autor (cliente o abusador y a su coautor (proxeneta o intermediario), II) agregar los verbos obtener, que implicaría al que demanda el*

¹ 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

contacto, y ofrecer y facilitar, si se trata de intermediario² y III) incluir la telefonía como medio de comunicación utilizado regularmente por los autores para contactar a sus víctimas. ³

Es decir, la expansión de la cobertura típica no abandonó la intención de que dicho comportamiento tuviese objetivo distinto al de erradicar la trata de menores, el turismo sexual y la exposición comercial de la infancia a actividades propias de la prostitución o pornografía y, por el contrario, con la modificación de la *Ley 1329 de 2009* se amplió su alcance fortaleciendo la interpretación del tipo penal en medio de un contexto de explotación sexual.

La concurrencia del tipo penal en tales circunstancias es coherente desde: I) la perspectiva del orden jurídico interno, en el que la conducta se encuentra localizada en el capítulo IV del título IV de la parte especial del C.P que trata acerca “*DE LA EXPLOTACION SEXUAL*” por lo que, la afectación relevante del bien jurídico en tales conductas no podría comprenderse en ámbitos ajenos al constreñimiento o inducción a la prostitución o a la utilización de menores con el fin de prestar servicios sexuales y II) la perspectiva del derecho internacional, puesto que, las conductas punibles establecidos en los artículos 219 A, 217 A y 218 surgieron de la obligación adquirida por el Estado en lo que respecta a la creación de diferentes mecanismos que de manera eficaz combatan la prostitución infantil y el turismo sexual.

Bajo este contexto, jurisprudencialmente se ha determinado que, cualquier ampliación del tipo penal 219 A en entornos ajenos a la prostitución infantil, turismo sexual etc., termina por contemplar conductas cotidianas y socialmente permitidas, o comportamientos ya previstos como delito y con pena menor, como la conducta de *actos sexuales con menor de 14 años*. Aspecto que procederá a explicarse,

4.3.2 La conducta descrita en el artículo 219 A al ser interpretada omitiendo el contexto de explotación sexual que requiere, degeneraría en la conducta de actos sexuales con menor de 14 años.

² 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

³ 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.

Al confrontarse la conducta de *Actos sexuales con menor de 14 años* del artículo 209 del C.P con la conducta de *utilización o facilitación de medios de comunicación (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 14 años actos sexuales distintos al acceso carnal se contempla como una acción mucho más grave que la materialización de dichos actos⁴.

Pues, el artículo 209 consagra una pena de 9 a 13 años de prisión mientras que el artículo 219 A prescribe una pena de 10 a 14 años, aumentada hasta en la mitad si el sujeto pasivo es menor de 14 años, de modo que, la pena por el acto preparatorio o tentado sería mayor que la pena por la consumación, lo cual carecería de sentido.

En este punto es del caso precisar que el delito de *actos sexuales con menor de 14 años* abarca tres escenarios principales⁵ (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*.

Ahora, conforme a la real academia española, por “*inducir*” se entiende la acción de «*provocar o causar algo*» y también «*mover a alguien a algo o darle motivo para ello*» de modo que, 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 los 9 y 13 años, ello en razón a que, si el bien jurídico protegido 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 al no existir diferencia sustancial entre corromper a un niño en persona o por teléfono, correo, twitter, Facebook o WhatsApp, etc.

⁴ CSJ SP4573 del 24 de octubre de 2019, Radicación 47234

⁵ C.f. CSJ AP, 5 dic. 2022, Radicado 18883, reiterado en CSJ SP4573-2019

Por consiguiente, únicamente si se interpreta el artículo 219A en un trasfondo de prostitución infantil o de turismo de menores, puede distinguirse sin lugares a equívocos, la conducta de inducir a prácticas sexuales al menor de 14 años (*sancionada por el artículo 209*) y la del usuario de servicios de explotación sexual a menores que con fines sexuales acude a cualquier medio de comunicación que los ofrezca (*artículo 219 A*).

4.3.3.- Si la conducta descrita en el artículo 219 A se realiza con menores entre los 14 y los 18 años en un contexto ajeno a la explotación sexual, la misma deviene en una conducta atípica.

La normatividad penal, presume incapacidad para el libre ejercicio de una vida sexual en los menores de 14 años y admite que desde esa edad la persona puede ejercer libremente su sexualidad, decidir con autonomía y voluntad y tener 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. Al efecto se ha indicado:

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

No obstante, en escenarios de explotación sexual se aclaró:

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.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien podría argüirse que una interpretación del tipo penal 219 A por fuera del contexto de explotación sexual sería necesaria para proteger a los menores de 14 a los 18 años de depredadores sexuales y engaños, tal postura no es convincente conforme a lo determinado por la Corte Suprema de

justicia, puesto que: I) *limita la libertad a quienes la norma ya les ha reconocido la capacidad de discernimiento acerca de su sexualidad*, II) *obedece a una filosofía paternalista y autoritaria* y III) *coarta de manera infundada el ejercicio al libre desarrollo de la personalidad*, que no solo implica la asunción de 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 14 años aparte de ser capaz de escoger libremente el rumbo de su vida sexual puede comprender que, para el manejo de sus redes sociales debe adoptar medidas de precaución.⁶

Así las cosas, la Alta Corporación afirmó que, la interpretación del artículo 219 A debe abordarse dentro de un contexto de explotación sexual, pues de lo contrario cuando el sujeto pasivo es mayor de 14 años sancionaría conductas íntimas, aprobadas socialmente y ausentes de menoscabo a cualquier bien jurídico.

Para mayor claridad, explicó:

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 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 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 le pidieron al otro desnudarse ante la cámara con fines erótico sexuales).

⁶ CSJ SP4573 del 24 de octubre de 2019, Radicación 47234

Desde un punto de vista tanto objetivo como subjetivo, sin la lectura que se defiende (es decir dentro de un contexto de explotación sexual), 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, 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.

Ahora, abordado el tipo penal frente a un contexto de explotación sexual de menores,

En casos de quien busca contacto sexual con menores, los injustos se reducirían a los del cliente que acude a medios de comunicación masiva 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.

4.3. - DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta el marco teórico estudiado y los argumentos que fundamentan el recurso de apelación, advierte la Sala que la conducta efectuada por el señor GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN no se subsume dentro de la conducta descrita en el artículo 219 A del Código Penal (*utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años*) aunado que, la sentencia condenatoria proferida por el A-quo no guarda coherencia con la interpretación normativa que jurisprudencialmente ha determinado frente a este tipo penal endilgado.

Inicialmente, se observa que, el *A-quo* en sus consideraciones, precisó que el delito por el cual estaba siendo acusado el procesado debía abordarse en un entorno de explotación sexual de menores, tal como lo ha dispuesto la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; Sin embargo, al analizar los hechos y las pruebas allegadas al proceso este omitió acreditar el contexto de explotación sexual y condenó al procesado por hacerle propuestas de índole sexual a K.G.C.G. GEOVANA y haberle enviado una fotografía de un pene erecto a través de conversaciones de WhatsApp bajo el delito de *“utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años”*. Decisión que fundamentó en 5 aspectos:

I) El procesado se valió de la red social Facebook para establecer amistad con K.P.C.G. II) el procesado se ganó su confianza fingiendo ser una persona de la misma edad, III) doblegó la voluntad de la víctima para obtener su cometido del envío de fotos, IV) una red que crea grupos de WhatsApp para captar e inducir a menores a prácticas sexuales en los que obra como administrador el señor GERSON ANDRÉS y V) la conducta se configura con el solo ofrecimiento.

Frente a los dos primeros aspectos, se aclara que, una vez revisadas las pruebas allegadas al plenario y los interrogatorios efectuados, se tiene certeza que no fue usada la red social Facebook, pues las conversaciones entre K.G.C.G y el señor GERSON ANDRÉS se realizaron vía WhatsApp, luego de haber sido participantes en grupos de WhatsApp denominados *“sexo al máximo”* y *“sexo todo el día”* y conforme a las conversaciones allegadas se evidencia que el procesado afirmó que su edad era 21 años, dato que corresponde a la realidad para la época, como se lee en la parte final del folio 2 del archivo *Pruebas de la fiscalía*, que registra la conversación del 4 de enero de 2016 a las 10:11 am.

Ahora, contrario a lo afirmado por el A-quo, de lo narrado en el interrogatorio de la víctima se evidencia que, la menor ingresó a dos grupos de WhatsApp por medio de un enlace de Facebook por curiosidad y voluntad propia, veamos,

- Fiscal: *¿Cómo llegó a esos grupos de contenido erótico?*
K.G.C.G.; *Por una invitación que me hicieron*

- *¿Quién le hace esta invitación y por qué medio?*
K.G.C.G.; *Si no estoy mal esa invitación me la hacen por Facebook no recuerdo bien*

- Fiscal: *¿Cuál era el objetivo?*

K.G.C.G.; En ese entonces era conocer más gente, gente que no era de la ciudad de uno

- Fiscal: *¿Qué la motivo a ingresar al grupo?*

*K.G.C.G.; Motivación en si no la tuve fue por curiosidad por saber de qué más se trataba. Ya estando en el grupo se empiezan unas conversaciones de presentarse mucha gente que no era de Boyacá, entonces así empezó.
(...)*

- Defensa *usted ingreso al grupo de WhatsApp por medio de Facebook correcto*

K.G.C.G. sí señor

- Defensa *usted cuando ingreso al grupo de Facebook alguien la obliga o la coacciona o usted porque se inscribe a esos grupos*

K.G.C.G. por mi voluntad

- *Había más grupos*

K.G.C.G.; Se manejaban dos

- *En cual grupo estaba más activa*

K.G.C.G.; Por igual en ambos

- Defensa *Usted siguió el chat voluntariamente*

K.G.C.G.; Si

- Defensa *Nadie la obligo a seguir con este chat y usted lo seguía voluntariamente es correcto*

K.G.C.G.; Si señor

- Defensa *Usted manifiesta que era porque le generaba curiosidad hablar con esta persona como una de las motivaciones para seguir hablando con esa persona es correcto.*

K.G.C.G.; Si señor

Versión que se mantuvo desde el inicio del proceso, pues su progenitora , la señora NANI GEOVANA quien interpone la denuncia también indicó que su hija le había manifestado que le había llegado una invitación para ser parte de un grupo y que había ingresado allí por curiosidad.

Ahora, de las conversaciones allegadas en la prueba documental que reposa en el expediente, se evidencia que, el señor GERSON ANDRÉS inició la conversación con K.G.C.G. a través de un chat privado que tenía como objeto él envió de fotos y videos de contenido sexual,

- *Tuvo contacto con alguien en particular o especial*

K.G.C.G.; Yo que me acuerde solo me escribió el administrador del grupo con él fue con el único que tuve, fuera de los grupos, conversación, así como tal,

- *La conversación que usted tuvo en privado de que contenido era*

K.G.C.G.; Del mismo él a mí me pedía videos o fotos así tocándome decía que le mandara como motivación para él también mandarme fotos y videos

-.¿Cómo era la conversación entre ustedes?

K.G.C.G.; Algunas veces llegábamos a tener una conversación normal, de hola como vas y muchas veces ya pasaba a un qué estás haciendo mándame una foto más atrevida, un video tocándome, pidiéndome cosas. Me dijo que enviara videos masturbándome o cuando me estuviera bañándome. Que recuerde solo le envíe una foto en pijama. El me envió un par de veces fotos de su pene y fotos de él.

Sin embargo, más allá de la solicitud de tales fotos y videos, no se avizora, como lo afirmó el A-quo la existencia de una Red que crea grupos de WhatsApp para captar e inducir a menores a prácticas sexuales, pues se reitera, quienes integraban los mencionados grupos de WhatsApp lo hacían porque se unían a través de un enlace de Facebook tal como lo narró K.G.C.G. y lo corroboró el procesado en su interrogatorio.

Aunado a ello, no se allegó ningún tipo de prueba que acreditara al señor GERSON ANDRÉS, como directo responsable de la existencia de tal enlace, ni que lo acreditara como administrador del grupo, pues si bien K.G.C.G. refiere que el administrador del grupo fue quien la contacto por privado, no se cuenta con información suficiente para determinar si él era el único administrador del grupo ni para saber cuál de los dos grupos era el que administraba, aunado que, el mismo procesado en su interrogatorio refirió que no sabía quién era el creador del grupo, que existían varios administradores y que cambiaban conforme el paso del tiempo por la cantidad de personas que entraban y salían del grupo, situación que no fue controvertida de ninguna manera.

Además, en este punto, es del caso precisar que los hechos que sustentan el proceso refieren a las conversaciones privadas entre K.G.C.G. y GERSON ANDRÉS y no a la existencia de los grupos de WhatsApp, su contenido y propiedad, pues al respecto no existe nada en el plenario, mas allá de haberse enunciado.

Así mismo, se observa que las fotografías que constituyen prueba dentro del proceso refieren a: I) K.G.C.G. en pijama, II) una persona tocándose sus partes íntimas y III) una foto de un pene erecto, por lo que la Sala considera insuficientes para la configuración del tipo penal endilgado máxime cuando, analizado el interrogatorio de K.G.C.G. y de GERSON ANDRÉS, se acredita que no existía

ninguna intención o finalidad de explotación sexual en la conversación, pues no hubo coacción, amenaza, pago o recompensa y las fotos, audios o mensajes intercambiados únicamente quedaron en el ámbito privado de los dos.

A su vez, en medio del interrogatorio realizado a K.G.C.G. en un primero momento, se logró determinar que no hubo ningún tipo de ofrecimiento, coacción, pago o recompensa respecto al cual se beneficiara el señor GERSON ANDRÉS como se señala a continuación,

Defensa En esta conversación él le hizo algún tipo de ofrecimiento, no se le ofreció algún tipo de dinero, dádiva o recompensa

K.G.C.G.: No señor

-.fiscal ¿qué tipo de ofrecimiento le hizo él?

K.G.C.G.: él nunca me ofreció plata ni nada

Luego de ello, y en consonancia a lo constatado o narrado por K.G.C.G. en medio del interrogatorio estipulado en audiencia, se tendrá de manera conjunta el testimonio efectuado por el señor GERSON ANDRÉS, en el que indica lo siguiente,

-. ¿Qué lo motivo a contactarla en el chat personal?

Gerson A.: Porque ya llevábamos un dialogo en el chat de grupo y pues ella dijo si me quieren conocer ahí tengo el chat privado y hablamos con las personas que quieran conocerme

-. ¿Que recuerda que ella expreso en el chat del grupo?

Gerson A. Pues ella envió unas fotos, así vestida normal y cuando iban pasando los días, fotos, así como más atrevidas

-. ¿Dentro de las conversaciones, se escribían de manera voluntaria, la veías coaccionada o algo?

Gerson A: No, yo le hablaba y ella me respondía

-.¿Cuál era su interés al unirse al grupo y hablar con Geovanna?

Gerson A: Conocer más personas tener una conversación y si me fui subiendo de tono, pero no tenía ningún interés

-. Esta conversación se fue subiendo de tono solamente por usted o ¿cuál era la actitud de ella?

Gerson A: No, pues era de ambos,

-.¿Cuál fue el propósito de enviarle fotos de un miembro?

Gerson A: Ella me pidió una foto que la enviara como quisiera

-. ¿Su propósito cual era?

Gerson A: Pues que ella me enviara fotos también

- ¿Cuál era su interés de pertenecer al grupo?

Gerson A: Conocer amigos y uno que es adolescente y se deja llegar por temas, pero no tenía interés de tener nada

- ¿Que hacías con esas fotos?

Gerson A: Pues quedaban guardadas, pero luego las borre

Por lo anterior, reitera la Sala que, lo probado dentro del proceso es insuficiente para acreditar el contexto de una explotación sexual requerido para haber acusado al señor GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN por el tipo penal establecido en el artículo 219 A.

Ahora, frente al argumento del A-quo en el que consideró que la *conducta descrita se configuró con el solo ofrecimiento*, se memora que si bien la sentencia SP2348 del 2 de junio de 2021 precisó que la conducta del artículo 219 A es un tipo penal de mera conducta, cuya consumación se agota en una acción del autor, por lo que en este caso, con la sola realización de cualquiera de los verbos rectores “*utilizar o facilitar*” sin que interese la producción de un resultado exterior, también reiteró que, este aspecto no desvirtúa ni desconoce que la conducta debe darse en un contexto de explotación sexual de menores de edad, pues de lo contrario la acción será atípica por ausencia de lesividad con menores entre los 14 y los 18 años de edad.

Una vez determinado lo anterior, no cabe duda entonces que el comportamiento que se imputó a GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN consistente en sostener conversaciones vía WhatsApp con K.G.C.G en las que le pedía fotos y videos de índole sexual y en las que envió foto de su miembro viril erecto, se encuentra desprovisto de un entorno de explotación sexual de menores de 18 años.

Bajo este contexto, podría inferirse que la conducta del señor GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN podría ser reprochada bajo el tipo penal de *actos sexuales con menor de 14 años* ya que, K.G.C.G. tenía 13 años en el momento que ocurrieron los hechos. Sin embargo, teniendo en cuenta que el recurrente alegó la existencia de error de tipo, sustentada en que la menor afirmó tener 16 años y que no existía posibilidad de confirmar tal información, procederá la Sala a analizar si efectivamente tal situación se presentó y acreditó en el caso bajo estudio.

De manera previa, se precisa que, la Jurisprudencia de la Sala penal refiere que esta figura se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva

(*descriptiva o normativa*) perteneciente al tipo, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva solo está legalmente establecida en forma dolosa, de manera tal que, el error de tipo se concreta cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecua a un delito y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad.

Por lo que, en caso en concreto y luego de revisadas las conversaciones allegadas al plenario específicamente en el folio 2 del archivo *Pruebas de la fiscalía* se lee,

Gerson Andrés: ¿qué edad tenes?

K.G.C.G. 16 y tú?

Gerson Andrés: jajaja yo estoy viejito 21

Es decir, K.G.C.G. afirmó tener 16 años, información que confirmó en su interrogatorio e incluso explicó la razón para haberlo hecho al indicar:

Defensor: En este chat privado dijo algún tipo de edad

K.G.C.G.: Si 16 años

Defensor: Recuerda cuando fue ese chat

K.G.C.G.: 4 enero de 2016

Defensor: Para esa fecha cuantos años tenía

K.G.C.G.: 13 iba a cumplir 14

Defensor: Esto significa que no coincide lo que usted escribió en el chat privado con su edad real es correcto,

K.G.C.G.: Si

Fiscal: usted porque dijo que tenía 16 años, cuando tenía 13, ¿por qué le hizo esa manifestación? ¿Por qué hizo esa aseveración?

K.G.C.G.: por no verme tan menor o porque él no me viera tan chiquita

Ahora, el examen general de las conversaciones sostenidas entre ellos revela que, la menor K.G.C.G. participaba de manera activa en las conversaciones respondiendo con fluidez a las preguntas del señor GERSON ANDRÉS relacionadas con su vida sexual y que las insinuaciones y preguntas de tal índole eran reciprocas Sin que de otro lado se hubiera acreditado la existencia de algún hecho indicador que le permitiera al procesado inferir o cerciorarse de que aquella tuviera una edad menor a la pregonada. Veamos,

“3166634582 (Gerson A): Te gusta que te digan cosas en el sexo

3182721644 (K.G.C.G. G.): sip

3166634582 (Gerson A): te gustaría que te cojan así

3182721644 (K.G.C.G. G.): sip

3166634582 (Gerson A): has practicado anal

3182721644 (K.G.C.G. G.): no

3166634582 (Gerson A): has hecho tríos

3182721644 (K.G.C.G. G.): Sip

3166634582 (Gerson A): con dos hombres o con dos mujeres

3182721644 (K.G.C.G. G.): dos hombres

3166634582 (Gerson A): que experiencias as tenido teniendo sexo

3182721644 (K.G.C.G. G.): no pues altísimas

(...)

3166634582 (Gerson A): ya se acerca la noche bb

3182721644 (K.G.C.G. G.): ps año q todos se duerman te lo mando y el tuyo

3166634582 (Gerson A): también

(...)

3166634582 (Gerson A): jajaaj vos sos virgen

3182721644 (K.G.C.G. G.): No

3166634582 (Gerson A): Hace cuanto la perdió

3182721644 (K.G.C.G. G.): Hace dos años

3166634582 (Gerson A): Pero te gusto bb

3182721644 (K.G.C.G. G.): Sip

3166634582 (Gerson A): Jajaj yo todavía soy virgen

3182721644 (K.G.C.G. G.): Si como no

3166634582 (Gerson A): Jajajaj me va a ayudar a perderla

3182721644 (K.G.C.G. G.): Si de una

3166634582 (Gerson A): Ya me entro la calentura

3182721644 (K.G.C.G. G.): Ummmmm rico-Dime que me harías si
estuviéramos en tu cuarto solos

3166634582 (Gerson A): Ps te cojeria y te daría duro por tu vagina

3182721644 (K.G.C.G. G.): Mmm no mas

3166634582 (Gerson A): Si te paso la lengua por arriba y por abajo, te beso

3182721644 (K.G.C.G. G.): Ummm rico

(...)

3182721644 (K.G.C.G. G.): Solo con una condición

3166634582 (Gerson A): Umm cual

3182721644 (K.G.C.G. G.): Manda el tuyo primero

3166634582 (Gerson A): Ayer se lo envíe, otra vez

3182721644 (K.G.C.G. G.): No, pero video

(...) (sic)

Así las cosas, analizados todos estos aspectos en conjunto, es decir, la edad que afirmó tener K.G.C.G. para el momento de los hechos que discrepaba de la realidad, el ingreso voluntario a los grupos de WhatsApp, la forma en que participó en las conversaciones con GERSON ANDRÉS y su interés de conocer y conversar con un chico mayor, es claro que se presentaron factores concretos y expresos que, en efecto, pudieron llevar al acusado asumir que la menor tenía 16 años como

se lo afirmó, aunado que, ninguna de las pruebas allegadas y presentadas en juicio advierten la posibilidad de que el procesado tuviera conocimiento de la verdadera edad de K.G.C.G. y que indujera a que le estaba mintiendo sobre ello.

Motivo por el cual tampoco puede condenarse al señor GERSON ANDRÉS por la conducta de *actos sexuales con menor de 14 años*, dado que, al haber sido inducido en error frente a la edad de la menor, se descarta que se hubiera cometido con dolo la conducta típica objetiva, requisito indispensable para la configuración del tipo penal.

En consecuencia, se procederá a reconocer a favor del procesado el error de tipo respecto del ingrediente normativo "*menor de 14 años*" exigido por el tipo penal de "*actos sexuales con menor de catorce años*", y en consecuencia la Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama el 7 de diciembre de 2022.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, en Sala Primera de decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama el 07 de diciembre de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

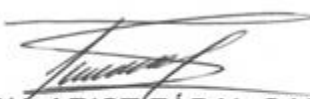
SEGUNDO: En consecuencia, ABSOLVER al señor GERSON ANDRÉS ESTUPIÑAN ESTUPIÑAN por el delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, por lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: Contra este fallo procede el recurso extraordinario de casación que podrá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación.

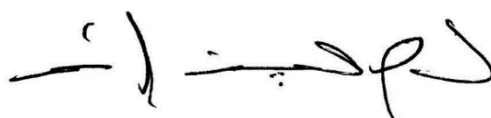
Rad. No. 15238-61-03-134-2016-80014-02

CUARTO: En firme la presente decisión devuélvase el expediente al Despacho de origen con el fin de proseguir con el trámite correspondiente.

Las partes quedan notificadas en estrados.



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada Ponente



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ANGEL
Magistrado.



GLORIA INÉS LINARES VILLALBA
Magistrada