

TEMA: DEL DELITO DE UTILIZACIÓN O FACILITACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN PARA OFRECER ACTIVIDADES SEXUALES CON MENORES DE 18 AÑOS - Se trata de una conducta que debe cometerse en un contexto de explotación sexual y con esta egida habría que distinguir en si se trata de menor de 14 años o si supera esta edad; si no es en un referido contexto de explotación, sería atípica. / **DEGRADACIÓN DE LA CONDUCTA** - La jurisprudencia más reciente, a partir de entender que «la acusación es un acto dúctil», ha aceptado la posibilidad de condenar por ilicitudes diversas a las contenidas en el pliego de cargos, siempre que se cumplan una serie de condiciones. /

HECHOS: Se resuelve el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia condenatoria del señor VVVV como autor del delito denominado “utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años”. El defensor solicitó la absolución, en razón de que el actuar del condenado no encaja dentro de la descripción típica del delito acusado. Corresponde a la sala determinar si se cumplen los requisitos exigidos para la configuración del delito condenado, o si por el contrario el mismo da a lugar a degradar la condena a un delito de menor categoría.

TESIS: Para abordar la interpretación del delito de “utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años”, consideramos que no es suficiente la literalidad que se extrae de la composición del precepto, pues es necesario indagar los antecedentes de su expedición, los compromisos internacionales, el capítulo en que se halla y su comparación con otras conductas punibles ubicadas en el título IV de “delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, para, con esta perspectiva que incluye la función interpretativa que genera el bien jurídico en particular, establecer un resultado que permite limitar su espacio sancionatorio a un conjunto de acciones, que, no se identifica con el caso que juzgamos. (...) La Corte sostuvo que: “Tanto el ingrediente objetivo, como el subjetivo del tipo, 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 respecto del delito en cuestión, la corte señala una serie de conclusiones, entre las que destaca que: “(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”. (...) La jurisprudencia más reciente, a partir de entender que «la acusación es un acto dúctil», ha aceptado la posibilidad de condenar por ilicitudes diversas a las contenidas en el pliego de cargos, a condición que: (i) la nueva imputación corresponda a una conducta que favorezca los intereses del procesado, (ii) la modificación se oriente hacia un injusto de menor entidad, (ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación –requisito de carácter absoluto–, y (iii) no se afecten los derechos de los intervinientes. (...) Es preciso recordar que, si bien con anterioridad se exigía que la novedosa imputación jurídica debía inscribirse en una conducta del mismo género, la Sala consideró que la identidad del bien jurídico no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer

la modificación típica dentro de todo el Código Penal. Lo anterior para significar que la congruencia no es un concepto estricto o rígido, sino flexible, por tanto, puede el fallador apartarse jurídicamente del contenido de los cargos en la acusación y condenar por un punible diverso al imputado, sin que se pregone el quebrantamiento de dicho principio. (...) En definitiva, Para el evento que juzgamos, la modificación es de mayor favorabilidad porque se ajusta al reconocimiento de un delito de menor entidad, se respeta el núcleo fáctico de la acusación en la que se refirió expresamente en este acto que se trataba de los verbos rectores “obtener” y “solicitar” y no se afecta derechos de intervinientes, pues para la víctima se declara la verdad y justicia de lo ocurrido.

MP. JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

FECHA: 31/01/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

John Jairo Gómez Jiménez

Acusatorio ordinario: 2017-08516

Aprobado mediante acta: 8

Medellín, enero veinticuatro (24) de dos mil veinticuatro
(2024)

Se resuelve el recurso de apelación presentado por el defensor contra la sentencia condenatoria dictada el 21 de febrero del año anterior por el Juez Primero Penal del Circuito de Bello-Antioquia, mediante la cual responsabilizó penalmente al señor **Valmy Vaney Vásquez Vásquez** como autor del delito denominado *“utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años”*.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. La acusación.

Tipificado en el artículo 219 A del Código Penal, se atribuyó al señor Vásquez la comisión del siguiente hecho: que durante el mes de diciembre de 2017, *“utilizando la red social Messenger contactó al niño J.J.M.G., de 12 años de edad quien era su alumno en la práctica de fútbol que el entrenaba, solicitándole*

en múltiples ocasiones sostener relaciones sexuales ofreciéndole como contraprestación al niño la entrega de dinero entre diez mil pesos (\$10.000) hasta veinte mil pesos (\$20.000)".

2. La sentencia.

El panorama probatorio, cumplido en las sesiones del 27 de agosto y septiembre 9 de 2021 y agosto 1 de 2022, consistió en **estipulaciones** acerca de la edad de la víctima, los 12 años para el mes de ocurrencia y la identidad del acusado y **la Fiscalía** presentó a J.J.M.G., a su madre Dany Tatiana Gomez Zuluaga, la abuela Cruz Ana Zuluaga Giraldo y se agregó a la investigadora Olga Elena Riaño Carrascal.

Con este panorama y contando en especial con el testimonio del menor, del que evidenció ausencia de interés en mentir, claridad, su corroboración "periférica" por sus familiares referidos, concluyó la demostración que por vía Messenger en unas 10 ocasiones le ofrecía dinero a cambio de un contacto sexual y derivó la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, cuyos elementos sustentó.

En cuanto a las penas, considerando el agravante previsto en el artículo 219ª por tratarse de menor de 14 años, impuso los mínimos legales de diez (10) años de prisión (en igual lapso la inhabilitación de derechos y funciones públicas) y multa de sesenta y siete (67) smlmv para el año 2017, y por la prohibición consagrada en los artículos 68A de la Ley 599 de

2000 y 199 de la 1098 de 2006, negó la prisión domiciliaria y la suspensión de la ejecución de la pena, disponiendo su captura si era necesario.

3. La apelación.

El defensor solicitó la absolución con base en las siguientes razones:

Presentó la interpretación consistente en que el artículo 219A se halla dentro del capítulo de la explotación sexual y, por ende, requiere que la víctima haya sufrido un menoscabo en su integridad física más allá de la ofensa subjetiva o emocional y recordó el tenor de los artículos 11 referido a la antijuridicidad material y 9 respecto a la proscripción de responsabilidad objetiva, ambos del código penal, así como el deber de motivar la sentencia cuyo incumplimiento puede generar nulidad.

Alegó entonces, dos aspectos:

Primero, que el lesionamiento o puesta en peligro no se presentó. Admitió que había relaciones del acusado con el menor y su familia: su padrastro era también entrenador de fútbol, había visitas, fiestas, paseos y hablaban por teléfono y en redes sociales, y para diciembre de 2017 se realizó el ofrecimiento de dinero a cambio de un contacto sexual. No obstante, no se realizó "el test de hecho punible" y no fue suficiente que el menor, su madre y abuela lo dijeran.

Se trató de un hecho aislado, suministrando la siguiente interpretación: *“las personas son libres constitucionalmente de desarrollar su vida como les dicte su buen saber y entender con la única limitación que les impone la ley y en este caso la ley no prohíbe tocar temas sexuales por las redes sociales entre amigos, aun siendo menores de edad, lo que prohíbe la ley es contactar a menores de edad para ofrecer o solicitar actividad sexual, debe entenderse que lo prohibido es cuando el propósito de la utilización de las redes sociales es exclusivamente para tal fin, si la conversación sexual se enmarca dentro de otras conversaciones, se tocan otros temas propios de amigos de vieja data, la conducta no es típica”*. Entiende que la mera comunicación no es suficiente y todo se quedó en un intento fallido e insuperable de un ofrecimiento.

Y segundo, vinculado solo con la pretensión de exoneración, sostuvo que la sentencia no fundamentó la existencia de este elemento, *“supuso demasiadas cosas”* y utilizó aspectos que benefician al procesado en su contra, se empleó una sentencia de la Corte que no se aplica al caso y tergiversó los hechos.

Afirmó que el esfuerzo del juez fue probar unos hechos, a lo que no se opone la defensa, pero no cumplió la carga de probar la tipicidad y la antijuridicidad y solo la basó en la causalidad. Hubo un falso juicio de raciocinio porque se le dio a los acontecimientos una interpretación que no correspondía, por ejemplo, sostener que se trata de una explotación sexual. Reclamó una mayor argumentación y que se cumpla con la exigencia de demostrar la tipicidad y la antijuridicidad formal y material.

4. El no recurrente.

El apoderado de la víctima reclamó la conservación de la sentencia.

Adujo que con el testimonio del menor y su corroboración periférica, se demostraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, de ocurrencia de los hechos, las cuales no fueron objeto de impugnación por ninguna de las partes y menos por el recurrente. Existieron las comunicaciones en redes sociales donde se ofreció dinero a cambio de contacto sexual y no fueron conversaciones impersonales, y con esto es suficiente. Si hubiera habido actos o accesos otro delito se hubiera cometido. Según lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia *"se ajusta a lo que internacionalmente o en redes sociales se ha llamado "grooming", todo acto llevado a cabo por un adulto que implique crear una conexión emocional con un menor a fin de abusarlo o explotarlo sexualmente. 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"*.

ANÁLISIS Y DECISIÓN

Discute el defensor la ausencia de razones legales para responsabilizar penalmente al señor Vázquez del delito de *"utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, dictado para "contrarrestar la explotación sexual"*

comercial de niños, niñas y adolescentes", según la Ley 1329 de 2009, y cuya atribución se cuestiona por transgredir los principios de lesividad y culpabilidad, según interpretación que se suministra.

1. Para ir decantando el problema jurídico, inicialmente se observa que no se presenta controversia en cuanto a la fijación de los hechos demostrados, careciendo de importancia algunos enunciados del apelante en torno a que hubo una postura interpretativa que lo desfavorecía y que no supimos propiamente a que se refería, expresión que, por demás incumple el deber de sustentar el recurso de apelación, o las críticas respecto a una ausencia de motivación de la sentencia que no las trasladó al campo de la sanción procesal sino indebidamente hacia una exoneración.

1.1 Se tiene, entonces, el testimonio de **J.J.M.G**, ya con 17 años, y de su exposición se extraen los siguientes aspectos principales:

Que a Valmy Vaney lo conocía desde los 8 años y era profesor en una escuela de fútbol que tenía su padrastro Jonathan Ruiz Valencia (que no declaró) en el barrio Villa Linda de Bello y, además, era vecino, amigo de su familia, compartían fiestas y paseos, y *"lo recibían con las puertas abiertas"*. También dijo que asistía a su casa a hacer tareas o jugar XBOX y compartían redes sociales. Eran muy amigables, lo invitaba a comer, un amigo más de *"parche"* y *messenger*.

Agregó que acudía a su residencia, y detalló que en una ocasión les puso películas de porno, su amigo con el que estaba de visita procedió a masturbarse, fue invitado a que lo hiciera, él se fue y al quedarse entendía que ellos tuvieron relaciones sexuales. También se escribían por el Messenger de Facebook y tocaban el tema sexual. Que él le hablaba de que le gustaban y se acostaba con hombres, le contaba lo que hacía con ellos y le solicitó sexo oral, que él lo haría (*chupárselo*) y que no tenía que hacer nada, a cambio le ofreció hasta 20 mil pesos y que fueron unas diez veces sobre este tema, a más de que le solicitaba que borrara las conversaciones. La propuesta sexual fue rechazada.

1.2. Su mamá **Dany Tatiana Gomez Zuluaga** declaró que al entrar a su habitación y aprovechando que se había quedado dormido con el celular desbloqueado, se dio cuenta de las conversaciones por Messenger. Esto ocurrió el 28 de diciembre de 2017 y al día siguiente lo denunció, dejando constancia que ellos borraron las conversaciones, entregó la única que conservó y que fue puesta en pantalla en el juicio virtual a partir del minuto 40:30.

La conversación giró a que se podía ganar 10 o 15 mil pesos, él respondía que **"es que se ve muy raro hacer tin con un hombre"** (aclarando que "tin" es tener relaciones sexuales). El acusado escribió **"entonces a usted por ser la primera vez le voy a dar 20.000 si acepta"** y el respondió **"no yo no soy por plata"** y él insistió **"Aaaa como dijo que la primera vez hay que ofrecer lo que más pueda"**, y él contestó **"pero a mí no jajaj no me gusta"**.

1.3. Su abuela **Cruz Ana Zuluaga Giraldo**, más distante, también vio algunas conversaciones (*que cuánto le cobraba*) y reaccionaron ante lo ocurrido y resta agregar que la investigadora **Olga Elena Riaño Carrascal** testimonió sobre la entrevista forense que le practicó al menor.

2. El Juez declaró que la solicitud de actividad sexual a cambio de dinero con un menor de edad, en este caso de 12 años, por la aplicación Messenger, realizaba a plenitud el delito, y *“se vulneró efectivamente el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual en cabeza de la joven víctima J.J.M.G, quien por Messenger le fue solicitado por promesa remuneratoria sostener relaciones sexuales con el procesado, en esto la antijuridicidad tanto material como formal de esa conducta se encuentra establecida, en consecuencia, es típicamente antijurídica y con trascendencia social”*.

El defensor propone que no se trata de una explotación sexual o que las conversaciones tenían otro fin, fueron aisladas y *“la mera comunicación verbal no es suficiente para predicar dicha afectación, se requiere que el comportamiento o la actividad desplegada por el procesado sea de tal entidad que llegue a un límite de lograr su objetivo”* y *“que todo se quedó en un intento fallido e insuperable de un ofrecimiento”*.

3. Concretado el conflicto, tres definiciones efectuará la Sala a partir de la premisa de que los hechos relevantes consignados en la acusación fueron probados y por demás no discutidos: **i)** declarar que el delito objeto de la acusación y

condena" (art. 219A C.P.)¹ no se realizó, **ii**) calificar al injusto cometido como "actos sexuales con menor de 14 años" (art. 209 C.P.²) y **iii**) sosteniendo la responsabilidad penal, se dispondrá la modificación de la dosimetría a las penas que haya lugar.

4. Para abordar la interpretación del delito de "*utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*", consideramos que no es suficiente la literalidad que se extrae de la composición del precepto, pues es necesario indagar los antecedentes de su expedición, los compromisos internacionales, el capítulo en que se halla y su comparación con otras conductas punibles ubicadas en el título IV de "delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales", para, con esta perspectiva que incluye la función interpretativa que genera el bien jurídico en particular, establecer un resultado que permite limitar su espacio sancionatorio a un conjunto de acciones, que, digamos de una vez, no se identifica con el caso que juzgamos.

La interpretación lejos está de ser novedosa.

En la sentencia del 24 de octubre de 2019 (SP4573-2019-radicación 47234), la Sala Penal de la Corte estableció que se trata de una conducta que debe cometerse en un contexto de explotación sexual y con esta egida habría que distinguir en si

¹ Modificado por la Ley 1329 de 2009.

² Modificado por la Ley 1236 de 2008.

se trata de menor de 14 años, evento que podría identificarse con una de las opciones típicas del artículo 209 del C.P. o si supera esta edad, si no es en un referido contexto de explotación, sería atípica.

La Corte sostuvo que desde su introducción con la Ley 679 de 4 de agosto de 2001 y sus modificaciones en las leyes 1236 de 2008 y julio de 2009:

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*.

(...)

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*

C.U.I.: 0521260002012017-08516.
ACUSADO: Valmy Vaney Vásquez V.
DELITO: Art. 219ª C.P.
DECISIÓN: Modifica.

adolescentes»³ con la creación de «herramientas para contrarrestar las nuevas modalidades de abuso y explotación de niños»⁴, teniendo en cuenta el deber de «poner al día la legislación colombiana con los convenios, tratados y recomendaciones que internacionalmente gobiernan la materia»⁵.

Y especificó:

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.

Con mayor extensión por supuesto, las conclusiones fueron las siguientes:

Recapitulando (4 y 5), la Sala concluye:

(i) En situaciones ajenas a las de explotación, la acción de realizar ofertas de connotación sexual a

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

menores de catorce (14) años configura la conducta punible de *actos sexuales con menor de catorce (14) años* de que trata el artículo 209 del Código Penal, en la variante de "*inducir a prácticas sexuales*".

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

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

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

(v) La afectación del bien jurídico en las conductas del Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial de la Ley 599 de 2000 también dependerá de la constatación de un contexto de explotación sexual. En especial, la Sala ajustará a tal criterio la jurisprudencia que para el tipo del artículo 217-A desarrolló a partir del fallo CSJ SP15490, 27 sep. 2017, rad. 47862, con énfasis en el problema de si las ofertas de actividades sexuales remuneradas a

menores de edad, por sí solas, constituyen o no explotación.

5. En nuestro caso, i) se estipuló que J.J.G, tenía 12 años para diciembre de 2017; ii) que el acusado tenía relaciones de confianza con el menor en razón de su condición de profesor de un equipo y vínculos familiares, todo lo cual permitió el acercamiento de mucho detalle en la cotidianidad; iii) en ese contexto, junto con otros jóvenes iban a la residencia a jugar o hacer tareas, y el tema sexual afloró: con otro joven y previa exhibición de películas de porno, hubo un espacio de inducción a la masturbación y por medio del Messenger se presentó petición de relaciones sexuales y sexo oral, que continuaron con el aliento de entrega de dinero hasta 20 mil pesos.

De ese contacto se deriva la inexistencia de un contexto de explotación comercial, turismo sexual o prostitución, ya que la petición no sobrepasó la esfera de un contacto personal, sin una relación de poder o dominación y la Sala encuentra una indebida aplicación del artículo 219 A del Código Penal.

6. Empero, de esta constatación no se deriva la absolución como pretende el apelante. Se demostró más allá de toda duda razonable que un niño con 12 años fue inducido a prácticas sexuales personalmente y por mensajes de la red Messenger y acompañado del aliento dinerario, lo que define el delito de "actos sexuales con menor de catorce años". De una vez digamos que para su consumación no se exige típicamente que la inducción produzca la obtención sexual de

lo requerido siendo suficiente en esta modalidad el peligro que se cernió sobre la víctima y el bien jurídico tutelado.

7. Precisamente en la sentencia en comento se analizó esa zona en que ambas conductas (arts. 219A y 209 C.P.) pueden coincidir, pues se puede inducir a prácticas sexuales a un menor de 14 años también por vía del virtual, más en este caso en que la aproximación fue personal (película porno y espacio de masturbación) inclusive de mayor fortaleza de convencimiento y gravedad en la lesión al bien jurídico.

El razonamiento es el siguiente:

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

El delito de *actos sexuales con menor de catorce (14) años* abarca tres (3) escenarios principales⁶: **(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*

⁶ Cf. CSJ AP, 5 dic. 2002, rad. 18883

C.U.I.: 0521260002012017-08516.
ACUSADO: Valmy Vaney Vásquez V.
DELITO: Art. 219ª C.P.
DECISIÓN: Modifica.

causar algo»⁷ y también «*mover a alguien a algo o darle motivo para ello*»⁸. 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 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

⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, Tomo II (h/z), p. 1234.

⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, Tomo II (h/z), p. 1234.

C.U.I.: 0521260002012017-08516.
ACUSADO: Valmy Vaney Vásquez V.
DELITO: Art. 219ª C.P.
DECISIÓN: Modifica.

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.

8. Habiéndose demostrado más allá de toda duda razonable el delito actos sexuales abusivos con menor de catorce años en su modalidad de inducir, es viable degradar la conducta a esta calificación jurídica.

Veamos el precedente y como las condiciones allí fijadas se cumplen a cabalidad.

En la sentencia del pasado 1 de noviembre (SP441-2023-
radicación n.º 54837), ante el enunciado "*De la posibilidad de emitir condena por un delito menor al incluido en la acusación*", se recordó lo siguiente teniendo como marco el respeto al principio de congruencia (art. 448 C.P.P.):

La jurisprudencia más reciente, a partir de entender que «*la acusación es un acto dúctil*», ha aceptado la posibilidad de condenar por ilicitudes diversas a las contenidas en el pliego de cargos, a condición que: (i) la nueva imputación corresponda a una conducta que favorezca los intereses del procesado, (ii) la modificación se oriente hacia un injusto de menor entidad, (iii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación –requisito de carácter absoluto–, y (iii) no se afecten los derechos de los intervinientes (Cfr. CSJ SP6701-2014, 28 may. 2014, rad. 42357; CSJ AP5715-2014, 24 sep. 2014, rad. 44458; CSJ SP13938-2014, 15 oct. 2014, rad. 41253; CSJ SP16544-2014, 3 dic. 2014, rad. 41315; CSJ SP8034-2015, 24 jun. 2015, rad. 41685; CSJ AP7386-2015, 16 dic. 2015, rad. 46810; CSJ SP2390-2017, 22 feb. 2017, rad. 43041; CSJ SP4902-2018, 14 nov. 2018, rad. 52766; CSJ SP2042-2019, 5 jun. 2019, rad. 51007; CSJ SP1492-2022, 4 may. 2022, rad. 47319; y, CSJ SP3981-2022, 30 nov. 2022, rad. 56993, entre otras).

Es preciso recordar que, si bien con anterioridad se exigía que la novedosa imputación jurídica debía inscribirse en una conducta del mismo género, a

partir de la sentencia CSJ SP17352-2016, 30 nov. 2016, rad. 45589, la Sala consideró que la identidad del bien jurídico no es presupuesto del principio de congruencia y que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal.

Lo anterior para significar que la congruencia no es un concepto estricto o rígido, sino flexible, por tanto, puede el fallador apartarse jurídicamente del contenido de los cargos en la acusación y condenar por un punible diverso al imputado, sin que se pregone el quebrantamiento de dicho principio (*Cfr.* CSJ SP792-2019, 13 mar. 2019, rad. 52066).

9. Para el evento que juzgamos, la modificación es de mayor favorabilidad porque se ajusta al reconocimiento de un delito de menor entidad, se respeta el núcleo fáctico de la acusación en la que se refirió expresamente en este acto que se trataba de los verbos rectores "obtener" y "solicitar" (minuto: 7:24) y no se afecta derechos de intervinientes, pues para la víctima se declara la verdad y justicia de lo ocurrido.

10. En consecuencia, las pruebas practicadas en el juicio indican que más allá de toda duda razonable el acusado indujo a prácticas sexuales al joven de 12 años J.J.M.G. y en consecuencia se degradará la conducta a "actos sexuales abusivos con menor de 14 años". Con esta denominación, conservando los aspectos favorables reconocidos, se impondría el mínimo legal de nueve (9) años de prisión y en igual lapso la inhabilitación de derechos y funciones públicas. En lo demás se conservará la sentencia y en especial la forma de ejecución de la pena.

C.U.I.: 0521260002012017-08516.
ACUSADO: Valmy Vaney Vásquez V.
DELITO: Art. 219ª C.P.
DECISIÓN: Modifica.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

Confirma la sentencia apelada, con la modificación de que degradando la conducta al delito de "**actos sexuales con menor de 14 años**" (art. 209 C.P.⁹) , se impondrá las penas de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas de nueve (9) años e informa que procede el recurso de casación. Cítese a audiencia para su notificación.

Cúmplase

Los magistrados,

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

⁹ Modificado por la Ley 1236 de 2008

Firmado Por:

John Jairo Gomez Jimenez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Despacho 11 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **775bbe68ae5d5ae3ec2d5b3af45a8bf1b8d1b5cf516e02f4e6daf70403bdef7d**

Documento generado en 26/01/2024 03:16:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>