



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado ponente

SP5492-2019

Radicación n.º 49156

(Aprobado Acta No. 331)

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte resuelve el recurso de casación presentado por la defensa de **ALEXANDER PESCADOR NIÑO**, contra la sentencia proferida el 11 de agosto de 2016 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó la dictada por el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de la misma ciudad, por medio de la cual se absolvió al procesado por el injusto de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de



dieciocho años de edad pero se le condenó como autor del delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años de edad.

HECHOS

Según la acusación, **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** en su condición de profesor de la asignatura de español de la institución educativa Lestonnac Compañía de María, ubicada en Bogotá, solicitó a LXF^M, estudiante de noveno grado la práctica de diversos actos sexuales a cambio de suministrarle las respuestas de las pruebas tipo ICFES de las áreas de sociales y filosofía.

El docente realizó las peticiones mediante mensajes electrónicos remitidos por las redes sociales conocidas como «Facebook y «Messenger» los días 29 de septiembre y 1° y 2° de octubre de 2011.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 25 de noviembre de 2011, ante el Juzgado Treinta y Uno Penal Municipal de Bogotá, se legalizó la captura de **ALEXANDER PESCADOR NIÑO**, al tiempo que se le formuló imputación por el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años de edad, en concurso homogéneo y sucesivo con circunstancias de mayor punibilidad –artículos 31, 217 A y 58 numerales 7 y 17 del



Código Penal-. El Juez dispuso medida de aseguramiento consistente en detención intramural¹.

2. La Fiscalía Veintiuna Seccional de Bogotá radicó escrito de acusación el 19 de diciembre de 2011, en el que adicionó el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho años de edad – precepto 219 A *ibídem.* – y la causal de agravación prevista en el numeral 9 del canon 58 *eiusdem*, al tiempo que retiró los numerales 7 y 17 de la misma disposición².

3. El asunto correspondió al Juzgado Veinticinco Penal del Circuito de Bogotá, despacho que, el 9 de febrero de 2012 realizó audiencia de formulación de acusación³.

4. La audiencia preparatoria tuvo lugar los días 18 de abril⁴ y 29 de mayo⁵ de ese mismo año y, el juicio oral se adelantó en sesiones del 17 de enero⁶, 15 de marzo⁷, 19 de julio⁸, 21 de octubre⁹ y 8 de noviembre de 2013¹⁰.

Finalmente, el 20 de febrero de 2014 se profirió la sentencia mediante la cual se absolvió a **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** del ilícito de utilización o facilitación de

¹ *Cfr.* Acta en folios 17 a 19 del cuaderno n.º 1 y registro de audio en disco compacto.

² *Cfr.* Folios 24 a 30 del cuaderno n.º 1.

³ *Cfr.* Folio 34, *ib.*

⁴ *Cfr.* Folio 81, *ib.*

⁵ *Cfr.* Folios 86 a 92, *ib.*

⁶ *Cfr.* Folio 175, *ib.*

⁷ *Cfr.* Folio 198, *ib.*

⁸ *Cfr.* Folios 141, del cuaderno n.º 2.

⁹ *Cfr.* Folio 144, *ib.*

¹⁰ *Cfr.* Sin acta. Registro en audio.



medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho años de edad pero lo condenó en calidad de autor del punible demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años de edad con la circunstancia de mayor punibilidad del numeral 9 del artículo 58 del C.P., a las penas de 201 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la privativa de la libertad; se le negó el derecho al subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustituta de prisión domiciliaria¹¹.

5. Al resolver la alzada propuesta por la defensa, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo del 11 de agosto de 2016, confirmó la providencia de primera instancia¹².

6. La defensa recurrió en casación y la demanda correspondiente fue admitida el 27 de enero de 2017¹³, proveído en el que convocó a audiencia de sustentación que se surtió el 25 de septiembre de 2017¹⁴.

LA DEMANDA

Con sustento en las causales de casación previstas en los numerales 1 y 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, el

¹¹ Cfr. Folios 166 a 178, *ib.*

¹² Cfr. Folios 22 a 52 del cuaderno del tribunal.

¹³ Cfr. Folios 5 y 6 del cuaderno de la Corte.

¹⁴ Cfr. Acta en folios 27 y 28, *ib.*



ensor denunció la violación directa e indirecta de la ley sustancial.

El primer tipo de reproche se fundamenta en la indebida aplicación del artículo 217 A del Código Penal, que tipifica el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años de edad.

En la sustentación, aseguró que el comportamiento atribuido a su prohijado no se encuadra dentro de la descripción normativa del tipo penal, comoquiera que éste no realizó ninguna solicitud o demanda a LXFMM, ni mucho menos llegó a besarla o sostener relaciones sexuales con ella.

Lo anterior, es corroborado por la propia LXFMM, quien, en juicio, aseveró que el docente nunca le «*pidió sexo a cambio de nada*», manifestaciones que, contrario a lo determinado por el *ad quem*, debían ser atendidas y valoradas.

Luego de traer a colación una sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en la que se debatió el origen y fundamento de la disposición legal en comento, concluyó que no era admisible condenar a **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** por esa conducta punible cuando lo cierto es que aquel no ejercía actividades comerciales.

En cuanto al segundo sentido del ataque, recriminó que el juez colegiado tuviera en cuenta las entrevistas practicadas a la adolescente afectada, pues las mismas no



podían ser apreciadas ante el desconocimiento de las reglas de producción, en concreto, por no haberse efectuado con la presencia de los apoderados del acusado, la víctima, la fiscalía y el ministerio público.

De igual forma, aseveró que, el Tribunal erró al valorar los correos electrónicos que se sustrajeron del computador de la supuesta ofendida, sin tener certeza respecto de la identidad de sus interlocutores.

Recalcó que, las conversaciones aportadas por la fiscalía no podían ser examinadas, dado que «*algunas están recortadas y no entendibles*» y, no se comprobó que su prohijado fuera, en realidad, el usuario del perfil de la red social que contactó a la estudiante.

Finalmente, adujo que el dictamen morfológico emitido por el perito JUSTO PASTOR JAIMES debía ser excluido al no contar con la respectiva cadena de custodia.

Solicitó casar la sentencia impugnada y absolver al inculcado.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. El defensor se ratificó en los cargos presentados en la demanda, destacando que el primer reparo corresponde a la indebida aplicación del artículo 217 A del Código Penal, que se refiere a la tipificación del delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho



años de edad, toda vez que la víctima, de manera clara, indicó que el procesado no le solicitó la práctica de actos sexuales a cambio de una compensación.

Señaló que, las conversaciones incorporadas por la fiscalía no pueden ser evaluadas, por cuanto no se certificó la identidad de los participantes. Además, la prueba se recolectó con desconocimiento de la cadena de custodia.

Resaltó que, los empleados del colegio sostuvieron que la acusación en contra de su defendido se derivó de un chantaje de la estudiante supuestamente ultrajada.

Aseguró que el segundo tipo de ataque se relacionaba con el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas sobre las cuales se fundó la sentencia, puesto que no se consideró la declaración de la presunta ofendida, quien manifestó que **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** no le pidió *«nada a cambio de nada, es más ni siquiera un beso en la mejilla»*.

5.2. La Fiscalía, por su parte, destacó que el Tribunal interpretó en debida forma el precepto 217 A del C.P., toda vez que los verbos rectores sí se materializaron en la comunicación que la adolescente entabló con el enjuiciado, en donde se advierte que éste le ofreció un beneficio académico a efectos de interactuar sexualmente con ella, tal como se lo informó la alumna a la rectora del colegio, cuando fue llamada en razón de un fraude detectado por otros docentes de la institución educativa.



Asimismo, se verificó la existencia de conversaciones virtuales en las que se emplearon expresiones de contenido libidinoso.

Subrayó que el lenguaje utilizado por el procesado, así como el vídeo que exhibió a la víctima en el que aparece efectuando actividades explícitas de referencia sexual y, el hecho de que la víctima conociera, anticipadamente, las respuestas de las pruebas tipo ICFES, permiten deducir que la conducta ejecutada por ALEXANDER PESCADOR NIÑO se adecua al tipo penal por el cual se profirió condena.

Afirmó que, no hay duda de que la intención del profesor, no era otra, que exigir actos eróticos a su estudiante y, en contraprestación aquel le proveería una ventaja académica.

Refirió que, la exhibición de la entrevista a la ofendida tuvo como fin impugnar la credibilidad de la deponente, de ahí que su práctica se integra al testimonio vertido en juicio y, por tanto, no le asiste razón al defensor cuando predica su inexistencia.

Precisó que, el diálogo de internet no fue sustraído de correos electrónicos sino de mensajes originados en la red social conocida como *Facebook*, constatándose que uno de los interlocutores interactuaba a través de la cuenta personal de la adolescente, de modo que no emerge discusión respecto de la identidad de la agraviada.



Estimó que el juzgador valoró todas las comunicaciones, junto con las demás evidencias, para concluir que el propósito del agresor era demandar la explotación sexual de la menor.

Coligió que, en el asunto bajo estudio, se actualizaron los ingredientes normativos del punible descrito en el artículo 217 A del Código Penal, por lo tanto, lo procedente es confirmar la sentencia impugnada.

5.3. La Procuradora Tercera Delegada solicitó no casar la sentencia recurrida, asegurando que:

Si bien el título del precepto 217 A hace referencia a una solicitud de tipo comercial, el contenido de la norma enmarca cualquier otro tipo de provecho, sin que sea necesario el contacto directo entre víctima y victimario o la comisión ejecutiva por tratarse de un delito de mera conducta.

En este caso, **ALEXANDER PESCADOR NIÑO**, mediante una red social se acercó a la menor y le pidió la ejecución de actos sexuales. Igualmente, la indagó sobre diversos aspectos íntimos, para, finalmente, enviarle un video en el que éste se masturbaba.

El material filmográfico fue cotejado por un perito de la fiscalía que determinó que entre el sujeto que se percibe en la imagen y el inculpatado hay un porcentaje del 80% de coincidencia.



Aquí, el beneficio que ofreció el profesor a la alumna no se circunscribía a dinero o dádiva alguna sino a guardar silencio y «como contraprestación a lo que había sucedido le entregaría los resultados de la prueba del ICFES».

La magistratura fundamentó su decisión, no sólo, en la entrevista expuesta a la joven, sino que también tuvo en cuenta la declaración brindada por ella misma, los vídeos mencionados, así como las versiones de SANDRA MENDOZA SAAVEDRA, YOMAIRA GARCÍA BARCO, JUSTO PASTOR JAIMES y WILLIAM VIZCAÍNO CASTRO.

5.4. El apoderado de víctimas, por recomendación y voluntad de sus representados, se abstuvo de reclamar determinación en algún sentido.

CONSIDERACIONES

Admitida la demanda, la Corte no reparará en falencias de técnica o debida sustentación, sino que resolverá sobre el fondo del asunto planteado. Para ese propósito, se analizarán los fundamentos del disenso en el orden de trascendencia que la Corte entiende necesario para la resolución del problema jurídico planteado según su grado de cobertura.

Por consiguiente, el estudio iniciará con el segundo ataque esgrimido por la defensa, atendiendo que versa sobre la legalidad de algunos medios de convicción arrimados al plenario, máxime cuando uno de estos, en concreto, las



comunicaciones electrónicas entre víctima y victimario servirán de base para dar solución el caso concreto conforme a los lineamientos que se fijarán en el capítulo denominado atipicidad de la conducta.

1. Falso juicio de legalidad

El recurrente alegó que la decisión de condena infringió, por la vía indirecta, la ley sustancial; es decir, invocó la causal de casación prevista en el numeral 3 del artículo 181 del C.P.P, consistente en *«el manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia»*.

En ese sentido, recriminó que el *a quem* tuviera en cuenta las entrevistas practicadas a la adolescente, a pesar de que estas se efectuaron sin la presencia de los representantes del acusado, la víctima, la fiscalía y el ministerio público, postura que parte de premisas infundadas como se pasa a ver.

Frente a la temática que formula el defensor, es importante resaltar que, conforme al artículo 150 de la Ley 1098 de 2006, *«los niños, las niñas y los adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos»* en tanto que *«sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez»*.



La norma no contempla la posibilidad de que la declaración de un menor se efectúe con la presencia del defensor del investigado o delegados del ministerio público y la fiscalía. Aceptar la postura del recurrente supondría ir en contravía del ordenamiento jurídico y los convenios internacionales que aluden a la protección especial y prevalente de los niños, niñas y adolescentes, en especial, frente a cualquier clase de revictimización, de ahí que carezca de fundamento su reparo.

En todo caso, tampoco se observa irregularidad alguna en su recepción, toda vez que fueron rendidas con la anuencia de la Defensora de Familia, ELIZABETH BASTIDAS RIVERAS¹⁵ y el consentimiento informado de la progenitora de la ofendida¹⁶. Además, su legalidad no fue motivo de objeción alguna por parte de la defensa, ni en el descubrimiento probatorio hecho por la fiscalía y menos en el juicio oral.

El apoderado del implicado contó con la oportunidad de ejercer a cabalidad los derechos de contradicción y confrontación frente a los medios de prueba utilizados por la fiscalía para demostrar la existencia y contenido de la declaración de la adolescente. Si detectaba fisuras o irregularidades, la oportunidad para confrontar y sacarlas a relucir estuvo a su alcance, eso sí, a partir de los hechos objeto de prueba y no de su simple crítica subjetiva

¹⁵ Folio 115 del cuaderno n.º 2

¹⁶ Folio 116 del cuaderno n.º 2



No basta enunciar que el abordaje a la menor no se formalizó en el modo que él consideraba procedente sino que le competía traer argumentos que apuntaran a la falta de idoneidad en la labor ejecutada, que carecía de fundamentación científica o, en general, que existían errores objetivos verificables.

Al margen de lo anterior, es oportuno destacar que frente el desconocimiento de los requisitos formales –que no es el caso– en la recepción de la declaración de los menores, la jurisprudencia de la Sala tiene sentado que (CSJ. AP382-2015, 25 feb. 2015, rad, 43874)

«...lo cierto es que tal formalidad constituye una garantía consagrada a favor de los menores –niños, niñas y adolescentes– y, en consecuencia, el defensor del procesado no está legitimado para reclamar su cumplimiento porque su interés se extiende a procurar la revocatoria o la modificación de la decisión que lo afecta y nada lo habilita para agenciar derechos de terceros.»

En el mismo sentido ha señalado que (CSJ AP1943-2017, 22 mar. 2017, rad. 46523):

«(...) las formalidades previstas en la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia) para la recepción de los testimonios de los menores, es un asunto que atañe a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, y su incumplimiento no apareja la afectación de las garantías del procesado, por lo que éste carece de interés para invocar la ilegalidad del procedimiento.»

Por otra parte, el abogado aseguró que el juez colegiado erró al apreciar el informe rendido por el perito JUSTO PASTOR JAIMES¹⁷, pues aquel debía ser excluido del debate probatorio

¹⁷ Folios 85 a 95 del cuaderno n.º 2



por no cumplir con las reglas de cadena de custodia –arts. 254 y ss. C.P.P.–.

Allí se da cuenta del cotejo morfológico practicado a las fotografías obrantes en la reseña lofoscópica del inculpado y las imágenes extraídas por la víctima de una, aparente, video llamada que sostuvo con **ALEXANDER PESCADOR NIÑO**, la cual arrojó como resultado «gran semejanza», es decir, que existe entre «80% a 100%»¹⁸ de probabilidad de que el sujeto del registro fílmico sea el implicado.

La Sala estima que la postulación del demandante no está llamada a prosperar, pues si bien, la evidencia documental a partir de la cual el experto realizó el estudio comparativo, fue enviada sin la respectiva cadena de custodia –como lo reconoció el propio testigo–, no se demostró que el contenido del CD suministrado al funcionario del CTI hubiera sido modificado o alterado, en otras palabras, que el medio probatorio examinado por el investigador no era el mismo que se recolectó en el curso de las pesquisas.

En este punto, es imperioso aclarar que el principio de legalidad de la prueba se circunscribe al cumplimiento de los parámetros legalmente fijados para la formación, producción o incorporación del elemento a efectos de que adquiera validez jurídica en tanto que la autenticidad apunta al acatamiento de los procedimientos legalmente establecidos

¹⁸ Folio 87 del cuaderno n.º 2



para su protección o conservación a partir de su descubrimiento o recaudo, según se desprende del artículo 277 de la Ley 906 de 2004 que indica *«los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia»*.

Dicha distinción es importante, ya que si no se cumplen las condiciones de legalidad de la prueba ello conllevará a la exclusión del medio de convicción, pero si lo que se deja de observar son los pasos o instrucciones de la cadena de custodia, ello podría repercutir en la aptitud probatoria del instrumento.

Ese último escenario es el que precisamente acontece en este evento, por cuanto lo alegado es el desconocimiento del protocolo de cadena de custodia al momento de recolectar el CD contentivo de las imágenes cotejadas por el perito, tema que, indudablemente, recae sobre la autenticidad del elemento y no en la legalidad, de modo que no resulta procedente su exclusión.

Tampoco es viable restarle credibilidad probatoria al informe morfológico, en la medida que la defensa no cumplió la carga de indicar, inicialmente, cuál fue la irregularidad en el procedimiento de preservación y aseguramiento de la autenticidad del elemento, para así demostrar que éste no es genuino o pudo haber sido alterado, modificado o falseado.



Menos aún, señaló cómo esa autenticidad no resultaba posible establecerla por otros medios (CSJ SP, 17 abr. 2013, rad. 35127).

Ahora bien, el demandante también se quejó porque en el fallo se hizo alusión a las conversaciones electrónicas extraídas del computador de LXFMM, no obstante existir dudas frente a la identidad de los interlocutores.

Esa omisión no tiene relación con la legalidad de una prueba sino con la suficiencia de la misma para soportar la pretensión condenatoria.

De cualquier manera, la Sala reconoce que a la actuación no se allegó prueba pericial que permitiera determinar que ALEXANDER PESCADOR NIÑO era el titular de las cuentas de las redes sociales a través de las cuales se contactó a la víctima. Sin embargo, no hay que olvidar que dentro del marco de la legalidad, no se exige un determinado elemento de persuasión para la demostración de la conducta punible o la responsabilidad del procesado, puesto que en el sistema penal acusatorio rige el principio de libertad probatoria, según el cual, los hechos o circunstancias de interés para la correcta solución del caso pueden probarse por cualquiera de los medios establecidos en la codificación instrumental¹⁹.

¹⁹ Canon 373 de la Ley 906 de 2004



Tratándose se sistemas procesales sujetos a la tarifa legal, corresponde determinar si el legislador le ha otorgado determinado valor a una prueba, lo prohíbe o lo mengua. Ejemplo de este último lo constituye el artículo 381 del citado ordenamiento adjetivo cuando establece que la condena no se puede basar exclusivamente en prueba de referencia.

En el presente asunto, como bien lo determinó el Tribunal, los medios probatorios aducidos en el juicio permiten inferir que el inculpado fue la persona que mantuvo comunicación digital con la adolescente para la época de los hechos. Al respecto el juez colegiado indicó

«el dictamen morfológico, los reconocimientos previos de LXFMM, el contexto de las conversaciones y los testimonios de Elizabeth Solano y Jairo Enrique Vargas Pineda, analizados en conjunto, no dejan duda alguna [de] que la persona que solicitó, a través de las redes sociales Facebook y Messenger a LXFMM la realización de actos sexuales en contraprestación a las respuestas de las pruebas de las asignaturas de sociales y filosofía, fue Alexander Pescador Niño».

En efecto, MARGARITA SALCEDO CORTES –rectora–²⁰, JAIRO ENRIQUE VARGAS PINEDA²¹ –coordinador de gestión de calidad– y ELIZABETH SOLANO²² –coordinadora académica–, trabajadores de la institución educativa Lestonnac Compañía de María, de forma conteste, manifestaron que, por intermedio de los docentes *Ernesto Niño* y *Samuel Castro* tuvieron conocimiento de que **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** estaba interesado en conocer las preguntas que los mencionados profesores

²⁰ Record 23:50 audio 1, Cd 15 de marzo de 2013

²¹ Record 01:43:00 audio 1, Cd 15 de marzo de 2013

²² Record 01:00:15 audio 1, Cd 15 de marzo de 2013



consignarían en las pruebas tipo ICFES dentro de sus respectivas asignaturas.

Dicha situación causó suspicacia en los educadores, quienes, por recomendación de JAIRO ENRIQUE VARGAS PINEDA optaron por suministrarle respuestas incorrectas al enjuiciado, con el propósito de descubrir si se trataba de un fraude. Mediante aquella estrategia fue descubierta LXFEM, a quien, ELIZABETH SOLANO interrogó en relación con lo sucedido, obteniendo una narración espontánea por parte de la adolescente en la que refirió la forma en la que el inculpatado la contactó por la red social *Facebook*, las conversaciones que sostuvieron y la oportunidad en la que éste se masturbó delante de ella a través de *web cam*²³.

De igual manera, se cuenta con las transcripciones de los diálogos suscitados entre la joven y su profesor, sobre los cuales la Sala no hará mayor alusión dado que serán examinados, a profundidad, al abordar la censura relativa a la tipicidad de la conducta –acápito 2.4–.

Lo anterior, no obsta para indicar que del contenido y el contexto en el que se desarrollaron las comunicaciones aportadas, es dable colegir que fue el acusado quien, efectivamente, interactuó digitalmente con la estudiante, tal como se evidencia en los siguientes extractos:

²³ Record 01:05:50 audio 1, Cd 15 de marzo de 2013



- Conversación del 29 de septiembre de 2011, en la plataforma de *Messenger*²⁴:

Alexander Pescador: no digas eso!!! Siempre te ves (sic) sexy además si no te ves fea en uniforme mucho menos en la casa di que si!!! O negociemos en serio ;)

LXFM: Que negociamos?

Alexander Pescador: dime que quieres por dejarte ver y después con todos los juguetes

(...)

Alexander Pescador: no seas tan rogada igual ya te vi en paños menores mostrando pierna

LXFM: hay (sic) eso es normal además solo te estaba mostrando el moradito

- Comunicación del 2° de octubre de 2011 a través de *Messenger*²⁵:

Alexander: estoy pensando lo de la recuperación de sociales, es que ese Ernesto se da garra con los trabajos...mejor dicho es que ni pidiéndote algo rico y atrevido en vivo y en directo jajajaja

LXFM: es con Samuel

Alexander: igual ambos se dan garra con los trabajos

LXFM: hay alex ayúdeme mire que tengo que hacer la de filo (sic) con Ernesto

Es claro que si la persona que dialogaba con LXFM tenía conocimiento de ciertos aspectos cotidianos que la afectada experimentaba en su colegio así como de la personalidad de algunos docentes de esa misma institución académica, es apenas lógico asumir que aquel se encontraba estrechamente vinculado a dicho entorno educativo.

²⁴ Folio 61 del cuaderno n.º 2

²⁵ Folio 43 del cuaderno n.º 2.



En este orden, la pretensión del censor no logra salir avante, ya que si bien la fiscalía no certificó mediante prueba técnica que el implicado era el dueño de las cuentas de *Facebook* y *Messenger*, con base en el principio de libertad probatoria se tuvieron en cuenta los testimonios de los funcionarios del colegio Lestonnac Compañía de María, el dictamen morfológico emitido por JUSTO PASTOR JAIMES y el contenido de las conversaciones electrónicas por cuyo medio se garantizó la autenticidad de la evidencia física y, por tanto, la participación de ALEXANDER PESCADOR NIÑO en el injusto atribuido.

2. Atipicidad de la conducta

El demandante postula la violación directa de la ley sustancial, por lo cual es oportuno recordar que tal situación acontece cuando a partir de la apreciación de los hechos legal y oportunamente acreditados dentro del diligenciamiento, los sentenciadores omiten aplicar la disposición que se ocupa de la situación en concreto, en cuanto yerran acerca de su existencia (falta de aplicación o exclusión evidente), realizan una equívoca adecuación de los hechos probados a los supuestos que contempla el precepto (aplicación indebida), o le atribuyen a la norma un sentido que no tiene o le asignan efectos diversos o contrarios a su inteligencia (interpretación errónea).

El recurrente, con fundamento en una sentencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en



la que se hizo un estudio de los antecedentes legislativos del artículo 217 A de la Ley 599 de 2000, sostuvo que uno de los requisitos para disponer condena por ese punible consiste en que el sujeto activo de la conducta ejerza actividades comerciales, lo cual, como quedó demostrado en el presente caso, no tuvo lugar.

La Corte considera que, si bien el censor no atina a explicar con suficiencia por qué razón el precepto 217 A del Código Penal no es aplicable a este asunto, la importancia del problema jurídico propuesto impone emitir un pronunciamiento al respecto. Para el cumplimiento de dicha labor, la Sala analizará: (i) la descripción normativa del tipo; (ii) la noción de *violencia sexual* para el orden jurídico nacional y el derecho internacional, (iii) el contexto de *explotación sexual* como elemento propio del canon bajo estudio y, finalmente, (iv) brindará la resolución al caso concreto.

2.1. Estructura típica del ilícito de demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años de edad

Conforme a lo preceptuado en el artículo 217 A del Estatuto Penal, incurre en pena de 14 a 25 años de prisión, quien de manera directa o por interpuesta persona solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza.



De tal ilustración legal pueden sustraerse los siguientes elementos descriptivos, normativos y subjetivos:

(a) Sujeto activo indeterminado que solicite o demande, directamente o a través de un tercero, la ejecución de diversos actos libidinosos.

(b) Sujeto pasivo determinado en cuanto el requerimiento debe ser efectuado a una persona que no sea mayor de dieciocho años de edad.

(c) El conocimiento del agente frente a la edad de la persona a quien realiza el pedimento de índole sexual (dolo).

(d) El ofrecimiento de una contraprestación económica o de cualquier otra estirpe por el servicio encomendando.

(e) No es indispensable la concreción de un resultado ni el consentimiento de la víctima, bastando la sola petición, la cual, como se verá, debe ser formalizada dentro de un marco de *explotación sexual*.

2.2 La violencia sexual según los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales.

La Observación General N.º 13 del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de agresión establece un concepto amplio de la violencia sexual contra niñas, niños y adolescentes en la que incluye:



«a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal o psicológicamente perjudicial; b) La utilización de un niño con fines de explotación sexual comercial; c) La utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones sonoras de abusos sexuales a niños; d) La prostitución infantil, la esclavitud sexual, la explotación sexual en el turismo y la industria de viajes, la trata (dentro de los países y entre ellos) y la venta de niños con fines sexuales y el matrimonio forzado. Muchos niños sufren abusos sexuales que, pese a no mediar la fuerza o la coerción físicas, son intrusivos, opresivos y traumáticos desde el punto de vista psicológico».

Las formas de ultraje más conocidas y sobre las que se hará énfasis a continuación, son el abuso y la explotación sexual.

La Organización Mundial de la Salud define el “*abuso sexual infantil*” como:

«la participación de un niño en una actividad sexual que no comprende completamente y a la que no puede dar consentimiento o para la cual no está preparado en su desarrollo y no puede consentir, o que viola las leyes o los tabús sociales de una sociedad. El abuso sexual de un niño está evidenciado por una actividad entre un niño y un adulto u otro niño, que, por su edad o desarrollo, está en posición ante el primero de responsabilidad, confianza o poder y que pretende gratificar o satisfacer sus necesidades».

En tanto que el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, realizado el 24 de agosto de 1996 en Estocolmo (Suecia), puntualiza la explotación sexual de menores como la utilización del cuerpo de un niño o niña o adolescente –NNA– con fines de dominación o gratificación sexual, mediante una promesa de retribución tangible o



intangible, para el afectado o para otra persona²⁶. Esta noción también la integran las siguientes figuras:

(i) *Empleo de niños y niñas en la prostitución*. Es la comercialización de menores de edad en actividades sexuales a cambio de dinero, bienes o servicios. Comprende la oferta, la intermediación, el contacto, el «encuentro» en calles o negocios abiertos o reservados y, su participación en espectáculos pornográficos públicos o privados.

(ii) *Pornografía con menores*. Se refiere a la producción, distribución, exhibición, difusión, posesión o tenencia de material –fotografías, negativos, diapositivas, revistas, libros, dibujos, películas, cintas de video, etc.–, que involucre a esa población en actividades eróticas explícitas o sugeridas, reales o simuladas o las zonas erógenas de su cuerpo.

(iii) *Trata de niños, niñas y adolescentes con propósitos sexuales* concebida como,

*«la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación».*²⁷

²⁶ Adaptado de la Declaración de la reunión realizada en Estocolmo con motivo del Congreso Mundial contra Explotación Sexual Comercial de los Niños, el 24 de agosto de 1996.

²⁷ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Palermo.2000



(iv) *Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes asociada a turismo.* Consiste en el ofrecimiento y/o utilización sexual de menores por personas que viajan de un país a otro, o entre ciudades de un mismo país.

(v) *Casamientos o matrimonio servil.* Se fundamenta en la «venta encubierta» de niños, niñas o adolescentes, bajo la forma de matrimonios legales, para ser sometidos a servidumbre sexual y doméstica.

(vi) *Utilización de menores en grupos armados al margen de la ley.* Es la instrumentalización y agresión sexual contra NNA –en su mayoría sustraídos de sus hogares mediante secuestro y reclutamiento forzado– por parte de organizaciones militares involucradas en conflictos armados.

En este punto, es oportuno diferenciar las calidades de los sujetos que intervienen de una forma u otra en este modelo de flagelos.

Así pues, el «intermediario o proxeneta» es el individuo que facilita, ayuda o incita a la comisión del delito sexual contra los niños, niñas o adolescentes. Esta persona, es por lo general, quien recibe el beneficio o la retribución por el abuso o explotación sexual del afectado.

En tanto que el «cliente explotador» es la persona que «paga o promete pagar a una persona menor de edad o a un



*tercero, para que esa persona menor de edad realice actos sexuales directamente con ella*²⁸.

En Colombia, la Ley 1146 de 2007, entiende la violencia sexual como *«todo acto o comportamiento de tipo sexual ejercido sobre un niño, niña o adolescente, utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional»*, para lo cual se aprovecha de *«las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor»*.

Ahora bien, la preocupación por la ausencia de castigo y persecución contra todos los participantes en el comercio sexual así como la necesidad de hacer frente a las nuevas dinámicas de violencia sexual –abuso y explotación– de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA), llevaron a nuestro legislador a expedir la Ley 1329 de 2009, mediante la cual se crearon, entre otros tipos penales, el de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años de edad.

Efectivamente, en la exposición de motivos del proyecto de ley en mención, se expuso que, en el marco de la prostitución infantil, era imperioso sancionar a los *clientes*, atendiendo que,

«el delito de ‘estímulo a la prostitución de menores’ contemplado en el Código Penal sanciona sólo a quienes cuenten con una casa o establecimiento destinado a la explotación sexual de personas

²⁸ OIT, “Explotación sexual comercial: Contenidos mínimos en materia de penalización de la explotación sexual comercial de personas menores de edad, según las normas internacionales”, abril de 2004, p. 13.



menores de edad Las sanciones a los “clientes” únicamente se establecen cuando las víctimas son menores de 14 años, dejando en situación de desprotección a las personas entre 15 y 18 años de edad, lo que discrepa con instrumentos internacionales que consideran “niño” a toda persona menor de 18 años. Además, es importante resaltar que la ‘práctica de actos sexuales en que participen menores de edad’, como enuncia la ley, es un concepto amplio que no menciona claramente las relaciones sexuales remuneradas ni otro tipo de actividad sexual que se realice contra menores de 18 años. Esto no es coherente con los instrumentos internacionales pertinentes”.

[...]

La explotación sexual comercial de personas entre los 14 y 18 años estaría sancionada únicamente con el delito de “estímulo a la prostitución de menores”. En este caso, se dejaría sin sancionar al “cliente” que explote al adolescente en este rango de edad, salvo que incurra en algún otro delito (por ejemplo: “acto sexual violento”, artículo 206 del Código Penal) que se configure independientemente de la edad de la persona.

[...]

Con fundamento en las anteriores reflexiones, el proyecto que ponemos a consideración del honorable Congreso de la República propone la creación de un nuevo tipo penal que penalice la conducta de los “clientes” de la utilización de niños, niñas y adolescentes en la prostitución.

Al establecer que quien de manera directa o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediando pago o promesa de pago será sancionado.

Se establecen tres agravantes a esta conducta, respondiendo de esta manera a los escenarios donde más común se presenta esta práctica que atenta contra la libertad e integridad física de niños, niñas y adolescentes.

[...]

Se propone el cambio de título del Capítulo IV que actualmente se denomina “Del Proxenetismo” por el de “de la explotación sexual”.

El concepto de explotación sexual es mucho más amplio que el de proxenetismo, incluye no solo la conducta del proxeneta, sino también aquella de los intermediarios y especialmente del “cliente” abusador para el caso de los Niños, las Niñas y Adolescentes, la pornografía, el matrimonio servil y en general las modalidades en las que se presenta la utilización sexual de personas adultas y



personas menores de 18 años de edad particularmente.
(Subrayas fuera de texto original)

En ese orden, se comprende que el propósito del órgano legislativo con la implementación de esta nueva conducta punible se concretaba en «*contrarrestar la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*», dentro de un contexto de violencia sexual, que incluye no solo la explotación sino también el *abuso sexual infantil*, entendido este último como la imposición de comportamientos de contenido sexual por parte de una persona –adulto o menor de edad– hacia un niño, niña o adolescente, bajo un contexto de desigualdad o asimetría de poder.

2.3. La explotación sexual como ingrediente propio del delito consagrado en el canon 217 A del Código Penal

Previo a iniciar el examen correspondiente, la Sala estima pertinente aclarar que las propuestas libidinosas efectuadas a niños o niñas menores de catorce años, serán en todos los casos, independientemente, del marco de *abuso o explotación sexual*, merecedoras de reproche penal.

En efecto, el legislador consagró, a partir de la creación de los artículos 208 –acceso carnal abusivo con menor de catorce años– y 209 –actos sexuales abusivos con menor de catorce años– del Código Penal, la presunción relativa a que los menores de catorce años de edad no cuentan con la capacidad para ejercer libremente su sexualidad, postulado que, examinado en un sentido contrario, admite concluir



que, desde esa edad, las personas pueden decidir al respecto, con ponderada autonomía y voluntad.

Así lo explicó la Corte en el fallo CSJ SP, 24 oct. 2019, rad. 47234:

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

En esa secuencia, es claro que, al superar ese límite de edad –14 años–, se origina sobre todos los ciudadanos no solo la capacidad moderada de interactuar con otros en el ámbito sexual, sino también la carga de recibir propuestas en tal sentido, quedando a su arbitrio la posibilidad de aceptarlas o rechazarlas, siempre y cuando aquellas se presenten dentro de un plano de igualdad alejado de cualquier escenario de abuso o coerción.

De modo que, el análisis que le corresponde a la Sala adelantar se circunscribe a las ofertas, demandas o pedidos que se efectúen a las personas entre los catorce y dieciocho años de edad, con el objeto de establecer si cualquier solicitud de actividad sexual remunerada que un adulto realice a un menor de edad, configura la conducta punible descrita en el artículo 217 A de la Ley 599 de 2000, aclarando, eso sí, que no se hará énfasis en el concepto de abuso, dado que el *nomen iuris* como la descripción de la figura legal traen inmerso las nociones de comercio, provecho e intercambio, que son propias de la explotación.



Precisado lo anterior, importa destacar que frente al injusto bajo estudio, la Corte ha mantenido una línea jurisprudencial a partir del fallo CS SP15490, 27 sep. 2017, rad. 47862, según el cual la *«descripción típica no prevé para su configuración la necesidad de una red dedicada a la prostitución infantil en la cual surja la promesa retributiva»*, ni tampoco *«se restringe a las actividades de conglomerados mercantiles»*, bastando *«la solicitud o demanda de servicios sexuales»* para tener como agotada la conducta sin que resulte necesario determinar que el procesado sea *«un cliente usual de este tipo de actividades, ni la concurrencia de elementos fácticos adicionales»*.

En esa oportunidad, se examinaba el proceder de un hombre que, en estado de embriaguez, ofreció a dos niñas que se hallaban dentro de un puesto de venta de frutas la suma de \$10.000 a cambio de sostener relaciones sexuales con él. De tal acontecer fáctico, la Sala concluyó que la acción desplegada por el enjuiciado no necesariamente originó *«un conflicto social que haga ineludible la imposición de la sanción»*, en tanto que *«no se ofrece de manera indubitada lesiva del interés custodiado por el legislador»*.

Para la Corporación, el comportamiento del implicado no era el distintivo de un promotor de prostitución infantil ni tampoco era predicable algún entorno de *«explotación sexual»*.

El nuevo criterio que se postula, esto es, la exigencia de un trasfondo de explotación sexual para admitir la



vulneración del bien jurídicamente tutelado, faculta arribar a una idéntica declaración de atipicidad del artículo 217 A del C.P en el caso concreto, pero por una vía diferente, por cuanto, a diferencia de lo determinado en dicha ocasión, aquí se defiende la necesidad de apreciar elementos diversos a los previstos en la descripción normativa, sin que ello signifique que se deba acreditar, en todos los eventos, la participación de una organización criminal o de redes de prostitución infantil o, que la conducta se efectúe en el marco de servicios de turismo sexual, para la imputación del tipo objetivo.

De esa forma, la puesta en peligro del bien jurídico protegido dependerá de las circunstancias que rodeen cada asunto, siendo que para el supuesto fáctico consagrado en el artículo 217 A del Código Penal, lo trascendente es constatar que la conducta del «cliente» se haya encaminado a la «*utilización de niños, niñas y adolescentes en la prostitución*»²⁹.

Esta novedosa postura fue acogida por la Sala en un reciente pronunciamiento –CSJ SP, 24 oct. 2019, rad. 47234–, en el que se examinó la estructura típica del ilícito descrito en el canon 219 A del Código Penal desde una interpretación sistemática de los delitos que integran el Capítulo Cuarto del Título IV de la Parte Especial del Código Penal, conforme a la cual coligió que «*todos estos tipos requerirán de un trasfondo de explotación sexual*».

²⁹ CSJ AP, 4 jun. 2013, rad. 40867, citando la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009. En el mismo sentido, CSJ SP15490, 27 sep. 2017, rad. 47862.



«...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 sólo si se presentan actos de inducción o de constreñimiento). Y, cuando el sujeto pasivo es menor, serán contextos de turismo sexual, prostitución infantil o industria pornográfica ilícita.

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

El problema se presenta, aparte del tipo del artículo 219-A del Código Penal, con los de los artículos 217-A (demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho -18-años de edad) y 218 (pornografía con menores de dieciocho -18-años) de la Ley 599 de 2000. Por ejemplo, el bachiller que conserva en su móvil, para su satisfacción privada y personal, las fotos con desnudos y actos de masturbación que su novia de diecisiete (17) años le envió por Whatsapp. Sin la lectura restringida que para este Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial aquí se propone, el agente realizaría el artículo 218 de la Ley 599 de 2000. Su acción, sin embargo, es parte de la intimidad que tiene con su pareja y sería fruto en ambos de la libertad sexual constitucionalmente reconocida.»

En dicha ocasión, pese a que la Corte no abordó de fondo el injusto de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años de edad, estableció que la comprobación de un contexto de *explotación sexual* también era predicable a los supuestos fácticos consagrados en los preceptos 217 A y 218 A comoquiera que aquellos

(a) cuentan con el fin expreso por parte del legislador de combatir la explotación y el turismo sexual, (b) están localizados en el capítulo "DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL", (c) son producto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado para luchar contra la delincuencia organizada dedicadas a la pornografía ilícita y la prostitución infantil, y (d) una interpretación no restringida puede llevar a la sanción de comportamientos que ya están



previstos en el Código Penal con una pena menor o que son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad.

La teoría que, tanto en la sentencia CSJ SP, 24 oct. 2019, rad. 47234 como en esta providencia se pregona, compagina con el fin pretendido por el legislador al disponer la creación de esta nueva conducta, el cual, de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009, se concretaba en incluir y sancionar penalmente a los promotores de la actividad sexual con menores de edad, esto es, a los «*clientes*», teniendo en cuenta que, hasta ese momento, el ordenamiento jurídico únicamente contemplaba, dentro del comercio sexual de niños, niñas y adolescentes, el actuar de los intermediarios o proxenetas.

Aceptar una postura contraria podría conllevar a sancionar acciones cotidianas que no escapan de la esfera personal e íntima de los ciudadanos y, que por su intrascendencia no ameritan una respuesta punitiva del Estado. Máxime cuando al interior de nuestra sociedad, en la que por diferentes aristas culturales y socio-económicas, no resultan extrañas propuestas libidinosas precedidas, generalmente, de una compensación monetaria.

Con lo anterior, la Corte no quiere significar, de modo alguno, que ese proceder podría enmarcarse dentro de la hipótesis de la *adecuación social*, puesto que la cosificación de los menores de edad por vía de la instrumentalización de su esfera sexual, indiscutiblemente, ha de ser proscrita. Empero, sí denotar que, no todas las propuestas lujuriosas que un adulto formule a un menor entre los catorce y



dieciocho años de edad, que incluya retribución económica o de otra especie serán, indefectiblemente, merecedora de un reproche penal. Todo dependerá de las circunstancias que reúna el caso concreto (edad de los sujetos pasivos, contexto, fin del sujeto agente, etcétera) para determinar el elemento de explotación que permita catalogar el acontecimiento particular como conducta punible.

Cabe recordar que, el derecho penal mínimo apunta a que la relevancia penal de una acción se analice en el contexto que la rodea, de tal forma que los mecanismos de control punitivo solo se activen en tanto no exista otra solución plausible y no se desconozcan de manera relevante o trascendente los derechos de los ciudadanos³⁰. Así mismo, los principios de lesividad, subsidiariedad y *ultima ratio* conducen a una visión minimalista, reacia al control indiscriminado de riesgos potenciales que únicamente

³⁰ "...Del concepto así expresado se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiéndose por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de *ultima ratio* y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.

Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad summa del resultado, "es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delitos de resultado de bagatela..." CSJ SP, 8 ago. 2005, rad. 18609.



exacerbaría la función simbólica e ideológica del derecho penal.

En este orden de ideas, el fallo CSJ SP15490, 27 sep. 2017, rad. 47862, al igual que la providencia CSJ SP2444, 27 jun. 47834, y demás decisiones que lo ratificaron, quedarán precisados en armonía con la tesis adoptada en la sentencia CSJ SP, 24 oct. 2019, rad. 47234, en los siguientes términos:

a. La efectiva vulneración del bien jurídico protegido con el artículo 217 A del Código Penal requiere de un trasfondo de *explotación sexual*.

b. Para tal efecto, es necesario establecer que la conducta del agente sea la de un *cliente* que solicita o pretende servicios de prostitución, ya sea, directamente, al menor de edad o, indirectamente, a través de un tercero. Tal aserto puede derivarse de la percepción razonable de una acción incuestionable del acusado o de un análisis lógico de la situación. Basta demostrar que el agente conocía que su comportamiento se ejecutó bajo un marco de *explotación sexual*.

c. Si la oferta libidinosa de remuneración dirigida a una persona entre catorce y dieciocho se realiza dentro de un entorno ajeno al referido, la acción será atípica por falta de vulneración del bien jurídico. Lo importante, en cualquier caso, es que la cobertura del precepto 217 A no reprima actos de la vida cotidiana, ni comportamientos que repercutan



únicamente en la intimidad o que sean manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad, siempre que no se ejecuten dentro de un ambiente de desigualdad o abuso, pues, en ese caso, eventualmente, se podría tipificar otra de las conductas punibles consignadas en el Título IV de la Ley 599 de 2000 –verbi gratia, acoso sexual–.

2.4. Solución al caso concreto

La Sala examinará los argumentos de las instancias con sujeción al anterior marco teórico, para constatar si los hechos imputados al procesado se amoldan a los ingredientes normativos del ilícito de demanda de explotación sexual comercial con persona menor de dieciocho años.

El funcionario de primera instancia, en sentencia, a la postre, confirmada por el Tribunal, halló acreditada la materialidad del delito definido en el canon 217 A del Código Penal, dada *«la existencia de una solicitud o demanda por parte»* de ALEXANDER PESCADOR NIÑO *«para la realización de acto sexual con una adolescente de 15 años de edad, cuya promesa remuneratoria fue de orden académico»*³¹.

Por otro lado, absolvió al acusado del injusto señalado en el artículo 219 A ibídem, toda vez que su intención no estaba direccionada a *«hacer ofrecimiento de las actividades sexuales de la joven»*, sino que se limitó a la *«complacencia personal del docente»*³².

³¹ Folio 169 del cuaderno n.º 2

³² Folio ibídem



Por su parte, el *ad quem* encontró responsable al implicado de la conducta contenida en el precepto 217 A, por cuanto «son claras las propuestas sexuales por parte de Alexander a su alumna LSFM, a cambio de lo cual ofreció a ésta las respuestas de unas pruebas académicas»³³. Adicionalmente, confirmó la absolución por el punible de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho años.

Ahora bien, debe precisarse, conforme al debate probatorio y pese a la renuencia de la víctima en brindar mayor información sobre lo sucedido, que no existen dudas sobre el comportamiento ejecutado por el enjuiciado, el cual, fundamentalmente, consistió en haber contactado mediante el uso de redes sociales a la ofendida para solicitarle la ejecución de diversos actos sexuales a cambio de brindarle algunas respuestas para el examen tipo ICFES.

Para tal cometido, **ALEXANDER PESCADOR NIÑO**, aprovechó su condición de docente de español de la Institución Educativa Lestonnac Compañía de María, en la cual cursaba noveno grado la menor LXFEM.

De las conversaciones electrónicas aportadas³⁴, se puede inferir el propósito del profesor de propiciar un acto

³³ Folio 42 del cuaderno del Tribunal

³⁴ Folios 47 a 66 del cuaderno n.º 2



libidinoso con su alumna, como se puede apreciar en los siguientes extractos:

- Conversación del 29 de septiembre de 2011, en la red social Facebook³⁵:

Alexander Pescador: tienes cam? jaja

LXFM: si si tengo pero no que boletica

Alexander Pescador: jaja tan marica mentiras yo soy todo loco fuera del colegio fresqueate

LXFM: jajajajaja tu (sic) tienes?

Alexander Pescador: además tu estás bien mamacita no tienes porque decir que que (sic) boleta si tengo cam conectate (sic) y hablemos por cam

LXFM: Nooo hoy no después es que me lavé el cabello para planchármelo (sic) lo tengo mojado que asco

Alexander Pescador: ayyy no seas así (sic) a mí me pareces bonita y sexy, no tienes que pensar así (sic) dale negociemos jajaja

LXFM: con todos los juguetes?

Alexander Pescador: si con todos los juguetes o no eres capaz?

LXFM: jajajajajaja

Alexander Pescador: te puedo estar dando los 5 puntos de la prueba tipo ices (sic) Iv período digo Icfes

LXFM: Listo jajajajaja Mentiras

Alexander Pescador: pero yo hablo en serio!!! a no mas (sic) cobarde!!!

(...)

Alexander Pescador: marica si quieres te paso las respuestas de las tipo icfes de las materias que de pronto (sic) te vaya regular en IV período y te ayudo en serio vale, pero solo a ti es que tu eres muy chévere y no aguanta que te tires el año si quieres obvio...pero si quieres estudias los temas no te discuto jajajaja

LXFM: si pues en eso quedamos ayúdame en sociales y filo (sic)

- Ese mismo día continuaron dialogando por la plataforma de Messenger³⁶:

³⁵ Folios 64 a 66 del cuaderno n.º 2

³⁶ Folios 54 a 61 del cuaderno n.º 2



Alexander Pescador: no digas eso!!! Siempre te ves (sic) sexy además si no te ves fea en uniforme mucho menos en la casa di que si!!! O negociemos en serio ;)

LXFM: Qué negociamos?

Alexander Pescador: dime qué quieres por dejarte ver y después con todos los juguetes

(...)

Alexander Pescador: no seas tan rogada igual ya te vi en paños menores mostrando pierna

LXFM: hay (sic) eso es normal además solo te estaba mostrando el moradito

(...)

Alexander Pescador: mas (sic) egoísta ni siquiera por los cinco puntos de la prueba tipo icfes eso ni porque estuviera pidiendo xxx por cam jajaja

LXFM: pero en serio me das los cinco puntos júralo solo por poner cam y ya

Alexander Pescador: pero con una condición!!! que no sea con afanes (...)

Alexander Pescador: déjate ver por cam en el vestido de la foto del face (sic), eso sería muuyyyy(sic) rico jajaja

LXFM: no alex (sic)

Alexander Pescador: jajaja porque (sic) mas penosa?

LXFM: no no (sic) sé me da mucha penita

Alexander Pescador: ayyy (sic) pero tu si eres mas penosa, eres muy bonita, eres bastante sexy...ahí esta yo te muestro lo que quieras, aunque se que diras (sic) que no jajaja

LXFM: Estás seguro

Alexander Pescador: mmm te gustaría ver algo atrevido?

LXFM: Como qué es atrevido

Alexander Pescador: te hago un streaptease (sic), hasta quedar sin bóxer, con una erección muy interesante

LXFM: jajaja sobre todo vas hacer (sic) capaz

Alexander Pescador: no me crees?

LXFM: pues no sé

Alexander Pescador: te propongo algo, te pones una falda corta o el vestido que te digo y jugamos un poco si quieres te muestro primero como para que te animes jajaj (sic)

LXFM: no alex la verdad me da mucha pena mas bien pues si tu me quieres mostrar lo que dices que eres capaz pues dale si no pues no

(Inician video llamada)

Alexander Pescador: qué alcanzaste a ver?

LXFM: Emm (sic) cuando te bajaste el pantalón y ya

(...)



Alexander Pescador: te quiero mostrar bien mi pene, pero quiero que te concentres en mi jajaja te distraes con tu amiga muchoooo

LXFM: si pues dale

Alexander Pescador: la ves?

LXFM: si ya no más mi mamá llegó me tengo que ir okey (sic) cuidate

Comunicación del 1° de octubre de 2011, en la red social Messenger³⁷:

Alexander Pescador: a bueno, pero para ayudarte con tus amigas es complicado es que no eres tu sola, ahí si por lo menos te pongo a hacer cositas ricas y atrevidas pero en vivo y en directo jajajaja (...)

Alexander Pescador: pero sí te gustaría hacer algo conmigo bien atrevido y personalmente?

LXFM: no sé tocaria pensarlo

(...)

Alexander Pescador: déjate ver por cam

LXFM: no amor hoy no que estoy re mal me duele la cabeza mañana

Alexander Pescador: ayyy (sic) no seas malita tu si es que me excita verte

LXFM: mañana seguro

(...)

LXFM: no encerio (sic) no se que se te puso dura?

Alexander Pescador: mi verga, no la viste por cam

LXFM: pues masomenos (sic) me la tienes que volver a mostrar

Alexander Pescador: si quieres te la muestro de una amor

LXFM: pero muestras también tu cara pues como quieras amor

Alexander Pescador: si de una hermosa

(...)

Alexander Pescador: te propongo algo... aunque sea déjame ver tus piernas y del cuello para abajo eso me excitaria y te la pongo bien durita amor

LXFM: no si no me lo quieres mostrar así entonces no

Alexander Pescador: esta bien ya va espérate no me pegues jajaja

LXFM: jajajaja pero me dejas ver tu cara también bueno

(...)

Alexander Pescador: ayyy (sic) pero mas rico si pudiera verte aunque sea el rostro... pídemelo lo que quieras si? Algo que desees

³⁷ Folios 46 a 52 del cuaderno n.º 2



y el lunes te lo tengo aprovéchate vas a tener la mayoría del icfes para ti no seas malita [x]

LXFM: noo (sic) después es que tengo un guayabo muy feo después (...)

Alexander Pescador: será que al ver mi verga te animas a hacerlo en vivo y en directo

LXFM: hahahaha que asco no sé

(inician video llamada en la que Alexander Pescador se exhibe masturbándose)

Alexander Pescador: me ves?

LXFM: si pero ya sabes la cara okey las dos cosas

Alexander Pescador: te gusta ver la cara de excitación cuando lo haces? (sic)

LXFM: emm si

- Conversación del 2° de octubre de 2011 a través de Messenger³⁸:

Alexander: estoy pensando lo de la recuperación de sociales, es que ese Ernesto se da garra con los trabajos...mejor dicho es que ni pidiéndote algo rico y atrevido en vivo y en directo jajajaja

LXFM: es con Samuel

Alexander: igual ambos se dan garra con los trabajos

LXFM: hay alex ayúdeme mire que tengo que hacer la de filo (sic) con Ernesto

Alexander: marica pero te das garra cuantas te tiraste?

LXFM: 2 sociales y filo (sic)

Alexander: de ayudarte es posible, pero no sé qué pedirte, jajaja con las ganas que te tengo pero fresca no te asustes, yo no soy abusivo

LXFM: hahaha no estoy asustada estoy ocupada

(...)

Alexander: bueno pero no me dijiste si estarías dispuesta a pagar así semejante favor

LXFM: no lo tengo que hacer tu me dijiste que me ibas a ayudar con eso y quiero que me ayudes con eso okey (sic)

Alexander: jaja ayudar en español no me cojas de marrano a hacerte lo de otras materias, mas (sic) abeja

LXFM: hay profesor no seas así conmigo

Alexander: no marica, pero ponte a ver que en serio te das garra, mañana miro la recuperación pero no te aseguro nada y si te hago

³⁸ Folios 42 a 43 del cuaderno n.º 2



el favor te lo cobro de alguna forma, no ves que estaría dejando de hacer otras cosas por ayudarte
LXFM: bueno hay (sic) miramos pero primero tengo que ver el trabajo hecho para hacer lo que quieres que haga y ojalá sea fácil

De lo expuesto, es evidente que el actuar del inculpatado, valorado desde un panorama taxativo se ajusta, como bien lo dijeron los juzgadores, al modelo descriptivo de la figura legal de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años de edad, sin embargo, acorde con la tesis que aquí se plantea, para emitir condena no es suficiente con que la acción del agente se adecue al contenido literal de la norma, sino que también es necesario verificar que la solicitud o petición sexual se formalice dentro de un marco de explotación sexual, esto es, que tenga como finalidad inducir o promover a la víctima a la realización de prácticas sexuales por remuneración –comercio– o aproveche que aquella ya se encontraba inmersa en un entorno de prostitución.

En este orden de ideas, los falladores aplicaron indebidamente el artículo 217 A en lo concerniente a las acciones perpetradas en contra LXFM., comoquiera que las condiciones y el entorno en que **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** exteriorizó su ofrecimiento a la estudiante no se acompasa con aquellas situaciones que, en abstracto, motivaron al legislador a establecer su sanción.

El escenario que constituyó la imputación fáctica en la que recayó la valoración jurídica de los juzgadores contiene variables que ponen en entredicho que la oferta hecha por el



docente tenga la entidad suficiente para ser calificada como una demanda de explotación sexual.

En ese sentido, se advierte que el actuar del implicado se circunscribió a sostener conversaciones digitales con una alumna, las cuales eran direccionadas por el educador hacia un plano más erótico en la medida que percibía una respuesta asertiva o al menos irresoluta de LXFM, al punto de brindarle su colaboración en distintos asuntos académicos, a cambio de lograr un acercamiento sexual con la adolescente.

Es imperioso precisar que la adecuación típica de una conducta depende de su idoneidad para producir el resultado normativo consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. En ese orden, el objeto o derecho de protección es un criterio delimitador de la tipicidad, pues excluye del ámbito típico aquellos comportamientos que no tengan aptitud para vulnerarlo.

Por consiguiente, la intención de solicitarle actividades de índole libidinosa a la estudiante que, para la fecha de los sucesos, contaba con quince años de edad, debe reputarse atípica para esta conducta puesto que no acaeció dentro de un trasfondo de explotación sexual, y el sujeto pasivo de la acción, según el ordenamiento jurídico, gozaba de la capacidad mesurada de decidir admitir o rechazar las pretensiones del encartado.



En suma, se recalca que, existe incertidumbre respecto a que el comportamiento de **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** se compagine con los que, en abstracto, busca reprimir la descripción normativa, en tanto no se advierte suficiente para generar la situación de riesgo allí consignada, de ahí que no procedía su calificación como demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años en concurso homogéneo.

Sin embargo, ello no implica la absolución deprecada, toda vez que, si bien la conducta ejecutada por el encartado no constituye un acto reprochable a la luz del precepto 217 A del Código Penal, sí lo es desde la perspectiva del acoso sexual.

2.4.1 Variación de la calificación jurídica

La Sala en reiterada jurisprudencia³⁹ ha encontrado procedente que el juez se aparte del *nomen iuris* establecido en la acusación y emita condena por un tipo penal diferente, siempre y cuando se adecuen los presupuestos fácticos, personales y jurídicos referidos en el escrito de acusación y la modificación resulte favorable a los intereses del procesado, al tratarse de un delito de menor entidad.

En primer lugar, está plenamente establecido que la conducta objeto de acusación fue desplegada por **ALEXANDER**

³⁹ CSJ SP, 27 Jul 2007, Rad. 26468, CSJ SP, 3 Jun 2009, Rad. 28649, CSJ SP, 31 Jul 2009, Rad. 30838, CSJ SP, 16 Mar 2011, Rad. 32685, CSJ SP, 4 mayo 2011, Rad. 32370, CSJ SP, 8 Jun 2011, Rad. 34022 y CSJ SP, 21 Oct 2015, Rad. 42339, entre otras.



PESCADOR NIÑO cuando se desempeñaba como educador de la víctima, asimismo, la identidad fáctica está delimitada en el hecho de que en tal condición contactó a la menor, en varias oportunidades, mediante redes sociales para solicitarle la práctica de actos sexuales, a cambio de suministrarle un beneficio académico.

Ahora, frente a la identidad jurídica, la Corte ha establecido que:

«(...) las dos primeras (congruencia personal y fáctica), son absolutas. Es decir que los sujetos y los supuestos fácticos de la sentencia deben ser necesariamente los mismos de la acusación. La jurídica, en cambio, es relativa, pues se permite al juez condenar por una especie delictiva distinta de la imputada en el pliego de cargos, siempre y cuando respete el núcleo básico de la conducta imputada y la situación del procesado no resulte afectada con una sanción mayor.»

Bajo este entendido, no cabe duda que el tipo de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años puede degradarse en el presente asunto al de acoso sexual, pues corresponden a conductas que afectan la libertad, integridad y formación sexual. Además, dicha variación implica una menor punibilidad. *(Similar conclusión se ha adoptado en providencias: Rad. 23250 del 18 de abril de 2007, SP8398-2016 y SP067-2018).*

En efecto, el artículo 210-A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo 29 de la Ley 1257 de 2008, dispone que incurrirá en prisión de **uno** a tres años el que, en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo,



posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona.

Es preciso acotar que el *acoso sexual* es un delito especial propio, en tanto que sólo podrá ser autor quien ostente determinada calificación de «*superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica*», siendo elemento esencial del tipo la persecución de fines sexuales no consentidos, con idoneidad de influir en la formación de la voluntad y libertad sexuales de la víctima.

De igual forma, no se trata de un delito de resultado, puesto que su materialización no está sujeta a algún tipo de acto sexual o acceso carnal que se produzca con ocasión de los comportamientos del victimario; en otras palabras, lo sancionado no es que se logre el propósito, sino que con tal intención se emprendan conductas vejatorias que afecten directamente a la persona.

Como se señaló previamente, se consideran atípicas aquellas propuestas de índole sexual remuneradas que se realicen a una persona entre catorce y dieciocho por fuera de un entorno ajeno al de explotación sexual. Empero, si las ofertas se ejecutan dentro de un ambiente de desigualdad o asimetría, eventualmente, se podría tipificar otra de las conductas punibles consignadas en el Título IV de la Ley 599 de 2000, en concreto, el acoso sexual.



De los elementos de juicio, no se avizora que ALEXANDER PESCADOR NIÑO tuviera el interés de encaminar a la adolescente hacia un ambiente de explotación, pero sí de abuso sexual, puesto que pretendía satisfacer su libido con la alumna, aprovechándose de su posición superior –docente– para abatir cualquier resistencia u oposición que esta pudiera ejercer.

Su estrategia consistió en contactar a LXFMM por redes sociales y amparado en su calidad de educador, ganar su confianza a efecto de incentivarla a interactuar eróticamente con él, a través de la promesa de ayudarlo en actividades académicas.

El agente se valió de “su superioridad manifiesta”, derivada de las “relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, (...)” en aras de lograr sus fines sexuales.

El hecho de que el agente ostentara respecto de la ofendida un carácter de superioridad –profesor a estudiante– da lugar a materializar el tipo de acoso sexual, porque como se vio, se sirvió de esa condición para que la joven aceptara la invitación que le envió por *Facebook*, así como las diferentes conversaciones que, posteriormente, promovió, en las cuales se advierte su constante insistencia en incitar a la estudiante a la ejecución de actos sexuales.

En el presente asunto, está demostrado que el actuar del acusado fue continuado y persistente, de modo que afrentó la dignidad y la libertad de autodeterminación de la



ofendida, al punto que en una ocasión se masturbó delante de ella vía *webcam*, con el claro propósito de despertar su deseo y propiciar un supuesto ambiente de igualdad.

En ese orden de ideas, se concluye que la conducta atribuida al inculpaado encuentra adecuación en el tipo penal del artículo 210 A de la Ley 599 de 2000, que consagra el delito de acoso sexual, y no en el modelo conductual del injusto de demanda de explotación sexual comercial de menor de dieciocho años. En consecuencia, es evidente que existió un error de selección normativa, que condujo tanto a la aplicación indebida del canon 217 A como a la correlativa exclusión del precepto 210 A, ambos de indudable carácter sustancial.

En virtud de lo anotado, es evidente que el cargo primero formulado por el defensor ha encontrado demostración y que, por tanto, se debe casar la sentencia de segunda instancia, en el sentido de declarar que los hechos por los cuales se condenó a ALEXANDER PESCADOR NIÑO se adecuan al tipo penal de abuso de acoso sexual y no al de demanda de explotación sexual comercial de menor de dieciocho años.

2.4.2. Redosificación punitiva

El delito previsto en el artículo 210 A del Código Penal, contempla para quien incurre en esa clase de conducta, prisión entre uno a tres años. Fraccionados en cuartos los



anteriores extremos se obtiene lo siguiente: (i) 12 a 18 meses (ii) 18 a 24 meses, (iii) 24 a 30 meses y, (iv) 30 a 36 meses.

La pena se establecerá en el cuarto mínimo dado que, si bien fue imputada la circunstancia de agravación genérica definida en el numeral 9 del canon 58 *ibídem*, en aplicación del principio de legalidad y *non bis in ídem* la misma se excluirá de la calificación jurídica en vista de que la condena por la cual se emite condena en esta instancia trae inmersa la circunstancia relativa a la posición o cargo del sentenciado. Se atienden de esta forma las reglas del inciso segundo del canon 61 del C.P.⁴⁰, igualmente, se considerará lo señalado en el inciso tercero del mismo artículo⁴¹.

Ubicados en el cuarto respectivo, la sala impondrá el mínimo, esto es, 12 meses de prisión y la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo periodo de la sanción principal, por cuanto no existen motivos para apartarse de los extremos inferiores.

2.4.3. Ahora, toda vez que **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** actualmente se encuentra detenido en la Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Bogotá «La Modelo» y fue privado de su libertad desde el 25 de noviembre de 2011, es decir, a la fecha ha descontado tiempo superior al indicado como sanción en esta providencia, se dispone su libertad

⁴⁰ CSJ, SP 28 may, 2014, rad 43524.

⁴¹ "...la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto...".



inmediata e incondicional previa verificación de no ser requerido por otra autoridad judicial.

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

RESUELVE

Primero. **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal-, el 11 de agosto de 2016, en el sentido de declarar que los hechos por los cuales fue condenado **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** se adecuan al delito de **acoso sexual**, previsto por el artículo 210 A de la Ley 599 de 2000, y no al de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años, de que trata el precepto 217 A del mismo estatuto. En lo demás se confirma.

Segundo. Imponer a **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** la pena de 12 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad.

Tercero. **ORDENAR** la libertad inmediata de **ALEXANDER PESCADOR NIÑO** siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial, para lo cual por secretaría se librarán los oficios que sean pertinentes.



Cuarto. DISPONER que por conducto del juzgado de primera instancia, se libren las comunicaciones de rigor a las autoridades competentes.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.


EYDER PATIÑO CABRERA


JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


JAIME HUMBERTO MORENO ACERO


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Sahó el voto

NUBIA YOLANDA NOVÁ GARCÍA

Secretaria





República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

ACLARACIÓN DE VOTO

Rad. N° 49.156

Si bien al suscribir la sentencia de la referencia manifesté que salvaba mi voto, realmente no disiento de la determinación adoptada en el fallo para solucionar el caso en concreto, sino apenas de algunos aspectos que, desde los planos de la metodología jurídica, así como del enfoque diferencial y la perspectiva de género, considero insostenibles. Además, estimo que la Sala dejó de abordar algunos tópicos necesarios, de cara al análisis de los ingredientes normativos del delito de acoso sexual.

Por ello, a continuación, con el respeto que me merecen las opiniones mayoritarias de la Sala, procedo a exponer las razones por las cuales *aclaro mi voto*.

Como primera medida, he de enfatizar desde el plano *fáctico* que la conducta materia de investigación en el presente caso constituye un *característico* escenario de *abuso* de la posición dominante o privilegiada de un sujeto para hostigar sexualmente a otra persona. Y ello es relevante para entender, como a continuación lo expondré, por qué la ponencia acogida por la Sala, de un lado, no puede constituir un *precedente* para ser aplicado en la construcción de las premisas normativas de un juicio de adecuación típica por el delito de *demandas de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad* (art. 217 A del C.P.); y de otro, se ofrece incompleta en el abordaje de los elementos constitutivos del delito de *acoso*



sexual (art. 210 A *idem*), por el que efectivamente fue sentenciado el acusado.

1. Las premisas fácticas que integran el juicio de adecuación típica en la presente actuación no dan cuenta, en estricto sentido, de una hipótesis delictiva cifrada en que alguien, por fuera de un contexto organizado de explotación, ofrece una retribución a un menor de edad para que, en contraprestación, acceda a conductas de connotación sexual. Si bien es cierto el procesado le prometió a la víctima la obtención de ciertos beneficios académicos, tal aspecto fue una expresión más del abuso de la posición dominante que tenía este profesor frente a su alumna, precisamente porque la asimetría de ese tipo de relaciones se explica en el “poder” asociado a la evaluación, el cumplimiento de las metas académicas, el manejo de la información, la admiración y el respeto hacia quien imparte la enseñanza, sin perjuicio de otros aspectos relevantes como la edad y los niveles de desarrollo asociados a la misma.

Esto debe ser resaltado, porque no puede descartarse que en esos ámbitos relacionales se configure el delito previsto en el artículo 217 A u otros atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales, lo que, valga la reiteración, no ocurrió en este caso, toda vez que la conducta objeto de reproche no trascendió el abuso de la relación asimétrica (*docente – estudiante menor de edad*), en los términos del artículo 210 A del Código Penal.



1.1 Los hechos, más que a un escenario de corrupción de la libertad sexual -aun en desarrollo y formación- de una persona mayor de 14 pero menor de 18 años, por la vía de la explotación sexual, corresponden a un contexto de una relación *de poder*, en la que los roles de víctima y victimario fueron el aspecto determinante para la realización de las insinuaciones y pedidos sexuales.

De ahí que, según mi entender, la resolución del asunto debió abordarse, sin más, desde la perspectiva del delito de acoso sexual. Acudiendo al criterio de *especialidad*, por las particularidades de la imputación fáctica era evidente la preponderancia del elemento *abuso*, determinado por la existencia de una relación asimétrica en virtud de la autoridad derivada del rol profesor-alumna, así como del *aprovechamiento* de la inexperiencia sexual de la menor, en razón de su edad. De tales aspectos fue que se valió el acusado para asediar y hostigar sexualmente a su estudiante, aprovechándose de su posición privilegiada para obtener de aquélla favores sexuales

En esa dirección, lejos de configurarse una situación de explotación, en la que la conducta del sujeto activo apunta a corromper la libertad sexual del menor de edad para obtener su "*consentimiento*" -que en todo caso ha de entenderse viciado (art. 217 A parágrafo)-, lo que salta a la vista es la existencia de aproximaciones de connotación sexual que, por realizarse *con abuso de la posición dominante*, se tornan agobiantes y mortificantes para quien, dada su condición de inferioridad en esa relación asimétrica de poder, ve injustamente injerida su integridad y dignidad sexual. Es esa intolerable molestia, de ser hostigado o asediado sexualmente por quien se considera "*superior*", la que pretende prevenir el tipo penal de acoso sexual.



De ahí que si lo determinante para juzgar la conducta del procesado es una situación de *abuso* de su posición dominante o privilegiada para asediar y hostigar sexualmente a la víctima, salta a la vista que, contrario a lo expuesto en la ponencia, no se está desarrollando la jurisprudencia frente a una situación *diferente*, como cuando, por fuera de un contexto organizado de explotación, se le ofrece dinero u otra remuneración de cualquier naturaleza a un menor de 18 años para que acceda a realizar conductas sexuales.

Por consiguiente, en mi criterio, mal podría entenderse que con la presente decisión se creó un precedente para la comprensión del delito de *demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad*, pues no se resolvió un caso subsumible en la descripción de ese tipo penal, sino que el juicio de reproche se aplicó con referencia a la conducta punible de acoso sexual.

1.1.1 Por la misma razón, tampoco puedo considerar a la SP4573-2019, rad. 47.234 como *precedente* para fijar las premisas normativas de un juicio de adecuación típica por el delito tipificado en el art. 217 A del C.P. -como se afirma en la ponencia acogida por la Sala-. Ello, por cuanto su carácter de *ratio decidendi* recae exclusivamente sobre los elementos del tipo penal previsto en el art. 219 A *idem* (utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años).

Si la hipótesis delictiva en el *sub exámine* no dice relación a una modalidad de *explotación* como tal, sino a un evento de *abuso*, sería desatinado desarrollar la jurisprudencia para resolver un caso de esta última tipología con premisas



correspondientes a la primera de ellas, por lo tanto, inaplicables. En últimas, la presente decisión no resuelve la cuestión principal para determinar el alcance del ingrediente normativo “retribución de cualquier naturaleza”, previsto en el art. 217 A del C.P., a fin de establecer si el tipo penal cobija situaciones de explotación no comercial o únicamente comprende dinámicas transaccionales de esa naturaleza.

Ciertamente, en la SP4573-2019, rad. 47.234 la Sala mayoritaria sostuvo:

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

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

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

El problema se presenta, aparte del tipo del artículo 219-A del Código Penal, con los de los artículos 217-A (demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho -18- años de edad) y 218 (pornografía con menores de dieciocho -18- años) de la Ley 599 de 2000. Por ejemplo, el bachiller que conserva en su móvil, para su satisfacción privada y personal, las fotos con desnudos y actos de masturbación que su novia de diecisiete (17) años le envió por *WhatsApp*. Sin la lectura restringida que para este Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial aquí se propone, el agente realizaría el artículo 218 de la Ley 599 de 2000. Su acción, sin embargo, es parte de la intimidad que tiene con su pareja y sería fruto en ambos de la libertad sexual constitucionalmente reconocida.



Y, con ese trasfondo, la ponencia acogida por la Sala puntualizó:

En dicha ocasión, pese a que la Corte no abordó de fondo el injusto de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años de edad, estableció que la comprobación de un contexto de explotación sexual también era predicable a los supuestos fácticos consagrados en los preceptos 217 A y 218 A comoquiera que aquellos: “(a) cuentan con el fin expreso por parte del legislador de combatir la explotación y el turismo sexual, (b) están localizados en el capítulo “DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL”, (c) son producto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado para luchar contra la delincuencia organizada dedicadas a la pornografía ilícita y la prostitución infantil, y (d) una interpretación no restringida puede llevar a la sanción de comportamientos que ya están previstos en el Código Penal con una pena menor o que son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad”.

Sin embargo, a mi modo de ver, tales razonamientos tampoco pueden considerarse como un *precedente* para resolver el presente caso, pues no corresponden a premisas pertinentes para aplicar un juicio de adecuación típica por el delito de acoso sexual. Además, esas alusiones genéricas al “contexto de explotación” para nada fueron reflexionadas de cara a cada uno de los ingredientes normativos integrantes del art. 217 A del C.P. Si bien esta norma alude en su *nomen iuris* a explotación sexual comercial, en la descripción típica deja abierta la posibilidad de sancionar penalmente a quien explote a un menor utilizando *otro tipo* de retribución *de cualquier naturaleza* -no únicamente comercial- a fin de corromperlo para obtener favores sexuales.

Semejante distinción no fue aclarada en la plurimencionada sentencia. Antes bien, en ésta, a manera de *obiter dicta* la Corte fijó criterios que podrían llevar a pensar que la estructura típica del art. 217 A del C.P. también permite



punir modalidades de explotación simples -no comerciales-. Así se extracta del siguiente pasaje:

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

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

1.1.2 Y tampoco, impera puntualizar, puede tenerse la presente sentencia como una decisión adecuada para desarrollar la jurisprudencia en punto de la comprensión de la estructura típica del delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad, como parece entenderlo la ponencia acogida por la Sala al sostener que postula un “nuevo criterio”, distinto al establecido mediante SP15490-2017, rad. 47.862. Por una parte, insisto, no da respuesta al antedicho interrogante -si el acudir a cualquier otra remuneración comporta una forma de explotación punible por la vía del art. 217 A-; por otra, en dicha determinación la absolución del acusado tuvo lugar a causa de valoraciones concernientes a la falta de lesividad de la conducta *típica* -oferta sexual inofensiva *ab initio*, dado su carácter irrisorio y absurdo-, sin que se hubieran fijado los contornos de la tipicidad objetiva bajo la óptica de la diferenciación entre explotación sexual comercial y no comercial.

Sería una impropiedad argumentativa, por incursión en falacia de inatinencia -la cual tiene lugar cuando un argumento que permite establecer una conclusión en particular se dirige a probar una



conclusión diferente¹- sostener que se desarrolló la jurisprudencia en relación con un delito concerniente a explotación, resolviendo un caso que, en verdad, correspondía a una modalidad de *abuso* -acoso sexual-.

Además, ningún desarrollo se presenta en relación con el art. 217 A del C.P., como quiera que los criterios referidos en la SP2444-2018, rad. 48.734, recogen y consolidan una línea jurisprudencial (SP15490-2017, rad. 47.862, AP4868-2016, rad. 48.195 y AP 4 jun. 2013, rad. 40.867) en torno a un tópico *distinto*, a saber, que la connotación comercial de la oferta -dineraria- no exige un contorno *organizado* de prostitución infantil, siendo suficiente una oferta *directa*. Mas el componente fáctico de este caso fue distinto, pues de lo que se trató fue de un contexto de abuso de poder que determinó las solicitudes sexuales, siendo la oferta una expresión más de la dinámica del docente acusado con su alumna.

2. Por otra parte, desde la perspectiva de género y el enfoque diferencial correlativo a esta categoría conceptual, me aparto de algunas aseveraciones consignadas en la ponencia acogida por la Sala, en lo concerniente a los efectos jurídicos derivados de alcanzar la edad de 14 años para ejercer, en el ámbito sexual, la libertad general de acción inherente al libre desarrollo de la personalidad. Una cosa es que el menor de edad púber -entre 14 y 18- tenga capacidad para tener relaciones sexuales en ámbitos de *interacción personal*, en los que realiza su deseo sexual en un plano *de igualdad*, y otra, bien distinta, que se llegue al extremo de afirmar que al superarse ese límite de edad “*se origine sobre todos los ciudadanos la carga de recibir propuestas en tal sentido*”. Tampoco puedo consentir en

¹ COPI M., Irving y COHEN, Carl. *Introducción a la lógica*, 8ª edición, México, Limusa, 1997, P. 141.



que, “*por las diferentes aristas culturales y socio-económicas al interior de nuestra sociedad*”, no ha de resultar extraño que se efectúen “*propuestas libidinosas precedidas, generalmente, de una compensación monetaria*”.

Tales asertos, que en algunos apartes de la decisión llevan a plantear escenarios de “*atipicidad*” -que no es lo mismo que sostener la falta de adecuación típica en un tipo penal *determinado*-, se ofrecen confusos. El enfoque diferencial que ha de aplicarse a este tipo de asuntos debe ser consciente del impacto de las leyes y las decisiones judiciales en la erradicación de concepciones patriarcales y machistas que hacen nugatoria la dignidad de sujetos históricamente violentados, cosificados y discriminados, como las mujeres y los niños.

Lo esencial al analizar este tipo de conductas punibles debe ser que sobre nadie recae una *carga* de ser agobiado ni mortificado mediante aproximaciones sexuales constitutivas de acoso, así como que ningún menor ha de ser abusado ni explotado en escenarios de actividad sexual donde ya no es sujeto en una relación en ese ámbito de interacción, sino un mero *objeto*. Es decir, el menor púber sí tiene capacidad para ejercer su sexualidad, pero no en escenarios de *abuso*.

2.1 Tal visión ya la había expuesto en el marco de la discusión de la SP4573-2019, rad. 47.234, en punto de la comprensión de los contornos de protección de la libertad, integridad, dignidad y formación sexuales en relación con víctimas menores de edad. En esa oportunidad puse de presente, en relación con la conducta punible de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años*, que la definición del ámbito de protección de la norma no sólo comprende los



fenómenos de explotación sexual comercial, sino que ha de incluirse el *abuso sexual infantil*.

Esa postura afortunadamente hizo eco en la presente decisión, como quiera que en la ponencia, a fin de corregir el juicio de adecuación típica aplicado por el Tribunal, en desarrollo de una interpretación sistemática y teleológica, se entendió que el *abuso* es una tipología perteneciente a las diversas formas de maltrato que, bajo la óptica de los estándares internacionales de protección de derechos humanos de infantes y adolescentes, además de ser censurables han de ser objeto de reproche, persecución y sanción penal. De ahí que la identificación de dicha dirección de ataque al bien jurídico haya permitido aplicar, en el presente caso, un juicio positivo de adecuación típica del comportamiento del acusado en el art. 210 A del C.P., que tipifica el delito de acoso sexual.

2.2 Sin perjuicio de lo expuesto en el numeral 1.1. acerca de los hechos objeto de juzgamiento y la premisa normativa aplicable, ante las aseveraciones hechas en el fallo debo reiterar mis reservas sobre la *reducción teleológica* que la mayoría pretende aplicar al art. 217 A del C.P. -por cuyo medio se penaliza la demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad-, consistente en *limitar* la comprensión de la explotación a eventualidades de prostitución infantil, turismo sexual y pornografía con menores de edad. En ese aspecto ratifico mi postura evidenciada en el salvamento parcial de voto a la SP4573-2019, rad. 47.234.

La explotación y el abuso sexual de menores, debo reiterarlo, implica un desequilibrio de poder basado en patrones de discriminación que afectan sus derechos como colectivo. La población infantil, desde la perspectiva de género,



comparte con poblaciones tradicionalmente discriminadas el ser considerada “*algo menos*” en relación con el abusador o explotador; y a partir de esa discriminación, se estimula y naturaliza su *cosificación o instrumentalización* como *objetos sexuales* para el servicio del adulto.

Ciertamente, una niña, un niño o un adolescente es víctima de explotación sexual cuando participa en esa actividad *a cambio de algo* (por ejemplo, ganancia o beneficio, o incluso la promesa de tales) recibida por una tercera persona, el agresor, o incluso la propia niña, niño o adolescente. *Explotación*, en ese contexto, es un término clave que marca la diferencia entre este fenómeno y lo que se entiende por violencia sexual y abuso sexual a niñas, niños y adolescentes. La distinción principal radica en la noción de *provecho o intercambio*, que conlleva la *explotación*. En consecuencia, no acepto la visión cifrada en que sólo se explota al menor sexualmente cuando los actos objeto de reproche penal se enmarcan en un contexto de prostitución, turismo sexual o pornografía, pues éstas son modalidades de explotación que no agotan la constelación de formas de violencia sexual, las cuales incluyen, además, tipologías distintas a la explotación sexual comercial, así como el *abuso*.

3. Ahora, si bien la declaratoria de responsabilidad penal del aquí procesado por el delito de acoso sexual representa un avance en esa comprensión, quiero destacar, finalmente, que el juicio de adecuación típica resultó tímido e insuficiente de cara a la totalidad de los ingredientes normativos constitutivos de esa conducta punible.

Desde luego, en la sentencia quedó claro que el procesado abusó de su condición de poder y autoridad, determinada por su rol de profesor frente a su alumna, de 15 años de edad, así



como que aquél hostigó, asedió, acosó y persiguió virtualmente a la víctima. Empero, nada se dijo sobre el carácter *no consentido* de las finalidades sexuales perseguidas.

El objeto de punición del acoso sexual, precisamente, radica en el mandato de conducta subyacente a la descripción típica, que consiste en *abstenerse* del aprovechamiento de condiciones de superioridad, derivadas de relaciones asimétricas y de desigualdad, para abordar a alguien con fines sexuales, mediante el asedio, la persecución o el acoso. Valerse de la superioridad manifiesta, a la autoridad, al poder, edad, posición laboral, social, familiar o económica para *acosar* a otro ser humano -que, si bien se reputa igual ante la ley, no lo es en verdad desde el plano social, económico o cultural-, aprovechándose de esa posición de debilidad, es un acto antijurídico, del todo lesivo de la dignidad humana, en virtud de la cual no ha de tratarse al otro como un *simple* objeto para la consecución de un fin. Y esa dignidad, tratándose del ámbito sexual, ostenta una protección reforzada, por tratarse de un ámbito tan íntimo en la interacción entre seres humanos.

El acoso sexual, al margen del resultado obtenido por el agresor de cara a la satisfacción de sus propósitos sexuales -cuya realización no exige el tipo penal-, se configura con la simple actitud abusiva de quien ostenta el poder, orientada a hostigar o a realizar cualquiera de los demás verbos rectores contenidos en el tipo penal. El acosador injiere en lo más profundo de la dignidad personal al violentar la esencia humana de otro en su sexualidad, mediante una aproximación dirigida a obtener del acosado placer o satisfacción, pero no como resultado de un plano de igualdad, correspondencia y reciprocidad, sino de abuso de una condición de inferioridad orientada a que la víctima satisfaga al poderoso.



Y en esa dinámica *abusiva* de relacionamiento se maltrata a la víctima, pues ésta, en lugar de ser respetada en su dignidad sexual, es molestada con la presión de quien se reputa a sí mismo más valioso y con un supuesto derecho a disfrutar del otro, porque “*su superioridad*” así se lo permite.

Las particularidades de los hechos aquí investigados muestran que esas formas de interacción sexual son reprochables y sancionables como un delito de mera conducta, sin que la realización del tipo penal de acoso sexual pueda hacerse depender de la negativa o falta de aceptación en la víctima. Puede ocurrir que, precisamente por la asimetría de la relación, el sujeto pasivo de la conducta punible de acoso sexual, “*acceda*”, por ejemplo, a tener relaciones sexuales con el acosador. Mas ese “*consentimiento*” es viciado y no podría reputarse como un asentimiento que elimine el ingrediente típico “*finés sexuales no consentidos*”.

Cada caso en concreto ha de ser valorado cuidadosamente a fin de establecer por qué la conducta *abusiva* implica que el acto de acoso, asedio, persecución u hostigamiento comporta la persecución de un fin sexual no consentido, para no caer en la paradoja de sancionar únicamente al acosador torpe que no consigue su propósito por negativa de la víctima -como en el presente caso-, premiando con la impunidad conductas acosadoras “*exitosas*” de quien consigue, abusando de su condición, su abusiva finalidad sexual en quien, por verse acosado, no es capaz de repeler ese tipo de agresión en su dignidad y satisface al acosador.

Por último, es preciso reiterar que, por las particularidades de la presente actuación, donde el beneficio



académico prometido fue una expresión más del aprovechamiento de la condición de docente por parte del procesado, se dio aplicación al art. 210 A del C.P. Mas ello no implica descartar, de ninguna manera, que en estos ámbitos relacionales puedan presentarse casos de explotación sexual u otros atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales, tal y como se explicó en precedencia.

De esta manera, dejo sentada mi aclaración de voto.



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada