



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS
Magistrado Ponente

SP219-2023

Radicación n° 55559

Aprobado según acta n° 108

Bogotá, D.C., siete (7) de junio de dos mil veintitrés (2023).

A S U N T O

Se decide el recurso de casación que interpuso el Procurador 136 Judicial II Penal contra la sentencia de segunda instancia dictada el 13 de marzo de 2019 por el Tribunal Superior de Bogotá, que absolvió a SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*, luego de revocar la decisión condenatoria inicial.

A N T E C E D E N T E S

1. Fácticos

El 3 de junio de 2014, SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ, de 23 años, mantuvo una conversación por la red

social WhatsApp con su prima L.A.P.M., de 12 años, en la que, de manera insistente, le solicitó fotografías de sus partes íntimas -descubiertas o en ropa interior-, y con tal propósito, inclusive, le ofreció y envió primero una de su pene. En la parte final del diálogo, expresó a la menor de edad que esperara para despedirse hasta que él terminara de masturbarse.

Al parecer, la misma propuesta ya la había hecho a su pariente menor en una o varias ocasiones, dentro del año anterior, por medio de la red social Facebook.

2. Procesales

2.1 Una vez Diana Paola Munévar González, madre de L.A.P.M., conoció los términos literales del referido diálogo, formuló la respectiva denuncia.

2.2 El 6 de febrero de 2015, ante el Juzgado 54 Penal Municipal de Bogotá, con función de garantías, la Fiscalía formuló imputación a SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ como autor de *actos sexuales con menor de catorce años agravado* (arts. 209¹ y 211.5² C.P.), en concurso homogéneo y sucesivo.

¹ Con el segundo inciso que adicionó la Ley 679/2001: «Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte.».

² «Circunstancias de agravación punitiva. (...). 5. La conducta se realizare sobre pariente hasta **cuarto grado de consanguinidad**, ...», por ser primo de la víctima.

Seguidamente, la titular de la acción penal desistió de la petición de imposición de medida de aseguramiento.

2.3 El 19 de febrero de 2016, el Juzgado 54 Penal del Circuito de Bogotá, con función de conocimiento, realizó audiencia donde la Fiscalía presentó acusación por el mismo delito³ -sin mención del concurso- con la segunda circunstancia de agravación del artículo 211⁴ (no la quinta referida en la imputación).

2.4 La audiencia preparatoria se celebró el 20 de junio de 2016 y el 26 de septiembre del mismo año.

2.5 Y, el juicio oral en sesiones del 17 de enero, 26 de abril y 23 de octubre de 2017, y 4 de mayo de 2018.

2.6 En la última fecha, el Juzgado anunció que la decisión sería condenatoria y el 2 de noviembre de 2018 profirió la respectiva sentencia por un delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado* (arts. 209 y 211.2 C.P.).

2.7 La misma impuso al acusado la pena de prisión por 144 meses (sin suspensión condicional ni sustitución por domiciliaria) y la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término. Como se encontraba

³ En la calificación jurídica de los hechos, el fiscal dio lectura al artículo 209 del C.P., en la versión subrogada por la Ley 1236/2008 en la que no aparece un inciso 2.

⁴ «(...). 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.».

privado de la libertad por virtud de otra condena, decidió mantenerlo en esa condición hasta que cumpla la presente.

2.8 Al resolver la apelación promovida por el defensor, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en fallo aprobado el 13 de marzo de 2019 y leído el día 30 siguiente, revocó la decisión condenatoria y, en su lugar, absolvió al acusado. Por ello, ordenó su libertad inmediata.

2.9 El agente del Ministerio Público interpuso el recurso extraordinario de casación y presentó la respectiva demanda.

2.10 Con auto del 11 de febrero de 2020, el entonces Magistrado sustanciador de la Sala admitió la demanda de casación y, debido a la imposibilidad de realizar la sustentación y traslado a los no recurrentes en audiencia por la pandemia del Covid-19, el 10 de febrero de 2021 dispuso el agotamiento de tales actuaciones por medios electrónicos (Acuerdo 020/2020).

E L R E C U R S O

3. Demanda de casación

Formula 2 cargos contra la sentencia absolutoria, el principal seguido de uno subsidiario, con el objeto de que sea revocada y, en consecuencia, se restablezca la condena.

3.1 Violación directa del artículo 209 del C.P. por interpretación errónea.

3.1.1 La imputación jurídica se circunscribió a la modalidad de inducir a una menor de 14 años a prácticas sexuales que, según la interpretación que de ese verbo hizo la Corte frente al delito de inducción a la prostitución (SP, mar. 21/2018, rad. 48192), debe entenderse como la acción dirigida a: *«persuadir o incitar al menor ... a que realice prácticas sexuales, sin que resulte relevante que el resultado pretendido se produzca o no, ..., siempre y cuando el ofrecimiento sea convincente, esto es, idóneo para que su destinatario considere seriamente la posibilidad de ejecutarlo, ...»*.

3.1.2 El Tribunal afirmó la atipicidad de la conducta del acusado por considerar que el acto sexual que solicitó *«jamás se cumplió»*, que la ausencia del resultado denota la inidoneidad de su propuesta y que el tipo exige que la víctima sufra *«alteraciones sustantivas en su formación sexual»*. Tales premisas son equivocadas porque el delito juzgado es de mera actividad, los mensajes del diálogo que involucró a la menor de edad son libidinosos y, por último, la ley presume de derecho la incapacidad de determinación de los niños en materia sexual.

3.1.3 Por esa interpretación errónea de la ley, la sentencia de segunda instancia exigió la acreditación de elementos que no conforman el tipo de abuso sexual y le dio un alcance que no tiene al verbo rector «inducir»; razones que determinaron la

absolución del acusado y sin las cuales, en consecuencia, se habría confirmado la decisión condenatoria inicial.

3.2 Violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad frente a la prueba documental de las conversaciones por WhatsApp.

3.2.1 En primer lugar, la sentencia consideró que se desconoce si el anuncio de una masturbación por el acusado correspondía a la realidad de este acto. Esta aserción distorsionó la prueba que informa que aquel comunicó a la menor de edad la realización de la acción libidinosa.

3.2.2 Y, en segundo lugar, sostuvo la intrascendencia de los mensajes al considerar que la imagen del pene no produjo ningún efecto en L.A.P.M. Dicho razonamiento cercenó la prueba que indicó: *«reaccionó con rechazo ... le expresó a su interlocutor que sentía "asco" por lo que estaba haciendo y de inmediato cortó la charla, ...»*.

3.2.3 Los errores de identidad condujeron a afirmar falsamente que la Fiscalía no demostró el ánimo libidinoso del agente. Cabe destacar que este elemento subjetivo no es excluido por los siguientes hechos que declaró el Tribunal, aun cuando fuesen ciertos: *«la menor... prácticamente jugó con las solicitudes [lúbricas] de su primo», «fue ella quien logró doblegar la voluntad del acusado para obtener su fotografía íntima», y esta última «no despertó su sexualidad» en vista de que ya conocía de «temas sexuales y órganos de reproducción, ...»*.

4. Traslado para alegaciones

4.1 La **procuradora 3 delegada ante la Corte** reitera la pretensión de la demanda de casación.

La sola petición a L.A.P.M. de fotos de su cuerpo desnudo y/o de partes íntimas constituyó una inducción de naturaleza sexual, conclusión reforzada por el hecho de que el acusado le enseñó una imagen de su miembro viril y le ofreció darle onces, que fue demostrado con el testimonio de la menor de edad y con las demás pruebas presentadas por la Fiscalía.

En el análisis de tipicidad de los actos sexuales abusivos es irrelevante: que la niña desestimara la solicitud sexual o que la consintiera, que ella también requiriera una foto de los genitales del hombre o que no se acreditara una perturbación de su sexualidad. Por ello, al exigir estos elementos para tener por configurado el delito, el Tribunal ciertamente incurrió en la interpretación errónea del artículo 209 del C.P.

4.2 La **fiscal 2 delegada ante la Corte**, de igual forma, coadyuva al demandante.

4.2.1 Respecto del debate planteado en el primer cargo, la Sala de Casación ha dicho que *«el simple hecho de pedirle al que no ha cumplido catorce (14) años cualquier actividad de índole sexual se ajusta a la descripción típica del artículo 209 de la Ley*

599 de 2000, bajo la variante de la inducción» (SP4573-2019, rad. 47234). Contrario a ello, para el Tribunal el delito solo se configura si el agente obtiene el resultado querido.

El objeto de protección jurídica es la integridad y formación; por tanto, *«el injusto se configura por el contenido sexual de la propuesta dirigida a un menor»* y la idoneidad del comportamiento no puede derivar de la producción de un daño concreto a la víctima o de que ésta rechace la pretensión de su ofensor.

4.2.2 En el ámbito del segundo cargo, es cierto que la sentencia desconoce que el acusado manifestó que se masturbaba mientras conversaba con L.A.P.M; además, negó la idoneidad de la acción cuando el adulto la dominaba y logró despertar un interés en aquella que quedó evidenciado cuando también le requirió una fotografía. En efecto, el diálogo fue iniciado por el acusado, quien demandó imágenes de partes íntimas de la niña y le hizo saber el placer lascivo que experimentaba, todo lo cual acarreó en esta una perturbación.

Fue un error considerar que la respuesta evasiva o jocosa de la ofendida representaba un asentimiento de la agresión sexual porque esa reacción pudo obedecer, sencillamente, a la inexperiencia para manejar la situación y, de todos modos, tal aspecto es intrascendente porque el consentimiento no excluye la responsabilidad. De otra parte, no se entiende que la sentencia concluyera la existencia de una conducta de *«sexting»* contra la menor de 14 años y, al tiempo, la duda sobre la responsabilidad de su autor.

4.3 El **apoderado de la víctima** considera, igualmente, que debe estimarse la demanda de casación.

4.3.1 Frente al primer cargo, el artículo 209 del C.P. presume de derecho que los menores de 14 años no tienen la capacidad para comprender el acto sexual por su inmadurez física y psicológica; por si fuera poco, la acción inductora del acusado no fue aislada sino reiterada desde hacía 1 año.

En ese contexto, es inentendible que la sentencia de segunda instancia afirmara que L.A.P.M. jugó con las solicitudes lúbricas de su primo y que, inclusive, doblegó su voluntad al conseguir que le enviara una foto del pene, o que no padeció afectaciones psicológicas. Tales razonamientos desconocen el ingrediente objetivo de la edad de la víctima y el subjetivo del ánimo libidinoso del agresor.

4.3.2 Frente al segundo cargo, el Tribunal, en efecto, distorsionó la conversación en la que el acusado manifestó a L.A.P.M. que ejecutaba el acto lujurioso de masturbarse. Aun cuando este anuncio no correspondiera a la realidad, su solo contenido y el de los demás mensajes de emitía configuró el abuso sexual.

4.4 El **defensor**, por su parte, solicita no casar la sentencia absolutoria.

4.4.1 En cuanto al primer cargo, en la audiencia de formulación de imputación no se especificó cuál de las 3 modalidades delictivas previstas en el artículo 209 era la atribuida. De otra parte, lo dicho por la sentencia es que L.A.M.P. indujo a aquel a cometer el delito y ello obedeció a que debía *«valorar la capacidad de seducción de la menor en comento; ... la capacidad para embaucar al objetivo»*, aspecto frente al cual es relevante la doctrina de la sentencia SP2894-2020, rad. 52024.

4.4.2 Y, frente a la segunda censura, el demandante valora la prueba documental solo en las partes que favorecen su pretensión, con lo cual olvida que el análisis del material probatorio debe ser conjunto. Además, el *«tipo penal exige que ... las dos partes se encuentren en un mismo lugar a la misma hora, y que el adulto induzca a la menor a realizar actos libidinosos, situación que la fiscalía no ha podido demostrar ...»*, tanto así que la menor de edad manifestó en su entrevista y ante la psicóloga Marcela Ortiz Martínez que no se dieron tocamientos.

C O N S I D E R A C I O N E S

5. El agente del Ministerio Público acusa la sentencia de segunda instancia de violación directa del artículo 209 del C.P. por interpretación errónea y, en forma subsidiaria, también de indirecta por falso juicio de identidad. La Procuraduría y la Fiscalía delegadas ante la Corte y el apoderado de la víctima coadyuvan la pretensión casacional del demandante, mientras que el defensor se opone.

6. En el ámbito de la infracción directa de la ley sustancial (art. 181.1 C.P.P.) no se cuestionan los hechos que la sentencia declaró probados sino la premisa jurídica que determinó la consecuencia de los mismos por incurrir en exclusión evidente, aplicación indebida o interpretación errónea de la norma constitucional o legal llamada a regular el caso. En la última de estas modalidades, que es la denunciada, incurre el juez cuando asigna un alcance o sentido incorrecto al precepto jurídico que, efectivamente, prevé o regula los hechos juzgados.

7. La sentencia impugnada consideró demostrado que el 3 de junio de 2014, SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ -23 años- mantuvo una conversación por la red social WhatsApp con su prima menor L.A.P.M. -12 años-, durante la cual le solicitó insistentemente fotografías de sus partes íntimas, por lo menos en ropa interior, y él a su vez le envió una de su pene y le expresó que se masturbaba mientras chateaban.

8. En lo fundamental, el Juez de conocimiento y el Tribunal coincidieron en la premisa fáctica acabada de enunciar, pero mientras el primero concluyó que se subsumía en el tipo de *actos sexuales con menor de catorce años* (art. 209 C.P.) por constituir una inducción a prácticas sexuales; el segundo, por el contrario, estimó que el comportamiento del acusado era atípico desde el punto de vista objetivo.

9. La tesis de la sentencia de segunda instancia tiene los siguientes soportes argumentativos:

9.1 La acción fue inidónea porque no obtuvo el resultado pretendido y ni siquiera la propuesta fue tomada con seriedad por su destinataria:

63. (...), la menor jamás **prácticamente jugó con las solicitudes de su primo**; al mismo tiempo, fue ella quien logró doblegar la voluntad del acusado para obtener su fotografía íntima, la cual **no produjo ningún efecto en la niña porque se limitó a reírse** de lo que había logrado, **siguiendo con su comportamiento evasivo** frente a las peticiones que le hicieron, procediendo hábilmente a proponer otros temas de conversación.⁵

(...).

73. **La inducción** que destaca el a quo **nunca se produjo, precisamente porque la menor jamás accedió a enviar la foto**; es más **ni siquiera tuvo la intención de acceder al requerimiento**, contrario a ello, de una forma sagaz logró que el acusado le enviara una imagen de su pene, lo requirió para ver su cara y, posteriormente, para que le enviara un video, propuesta última que Sergio Enrique desconoció.

74. Para la Sala, es claro que la propuesta del acusado no causó el más mínimo interés de la menor, pues **nunca encaminó su conducta a cumplir lo que le pidió**, resultando así inidónea su solicitud, al haber quedado en el plano de una simple súplica que nunca encontró eco.⁶

9.2 La propuesta del acusado no causó daño en la integridad y formación sexual de la niña ni afectación psicológica:

64. **Tampoco puede decirse que con el envío de la imagen despertó su sexualidad, porque** la información aportada al proceso indica que **la menor ya tenía información sobre tema sexuales y órganos de reproducción**, como es normal en una persona de su edad, así como por haber reconocido haber visto videos pornográficos, experiencia que

⁵ Ibidem, pág. 22.

⁶ Ibidem, págs. 25-26.

le permitió requerir al acusado para que le enviara uno con tales contenidos, propuesta a la que este no accedió.⁷

(...).

75. **Tampoco se demostró en el proceso que la menor de edad sufrió alteraciones sustantivas en su formación sexual o que los actos dejaron serias consecuencias psicológicas**, como lo percibió el a quo, pues su afirmación en este punto se queda en el plano de la suposición, o mejor, en punto de simple especulación, al no existir un dictamen psicológico que permita establecer que LAPM se vio afectada de tal manera que le impida determinarse en un futuro en materia sexual.

76. Inclusive, vale la pena destacarlo, en el interrogatorio y contrainterrogatorio al que fue sometida la menor, **no exteriorizó un daño o consecuencia**; al contrario, al ser interrogada sobre cómo se sintió con las conversaciones que mantuvo con el procesado fue enfática en decir que “rara”, pero no por el diálogo sino por la familiaridad que existía entre ellos. Eso explica que la perito Leidy Andrea Muñoz, cuando se le interrogó respecto a qué tipo de información extrajo de las conversaciones entre la menor y el proceso, indicara: “pues que se hablan en términos como de una relación afectiva”.

77. Y es que **su comportamiento no cambió ni se alteró por los diálogos virtuales** que existieron, como quiso hacerlo ver su progenitora, cuando dijo que la niña había estado en psicólogo porque la notó callada, que siente miedo a los hombres y que no quiere salir; la menor en la declaración que rindió en juicio se mostró tranquila y consecuente con las respuestas que brindó, siendo conocedora del reproche que implicaba el tipo de diálogo que sostenía con su primo y por ello lo advirtió.⁸

9.3 El supuesto fáctico probado corresponde a la práctica del «sexting» que consiste en «*enviar mensajes, fotos o vídeos de contenido erótico y sexual personal a través del móvil mediante aplicaciones de mensajería instantánea o redes sociales, correos electrónicos ...*», escenario que «*en ocasiones aprovecha el remitente para hacer invitaciones obscenas al menor ...*».

⁷ Ibidem, pág. 22.

⁸ Ibidem, págs. 26-27.

Dicha conducta, continuó, según la doctrina solo tendrá relevancia jurídico-penal si las imágenes remitidas constituyen «representaciones reales de actividad sexual [que] involucren a menores de 18 años», y en este evento configurará el delito de *pornografía con personas menores de 18 años* (art. 218 C.P.), no el de actos sexuales abusivos.

Y, como quiera que, en el caso ahora juzgado, la fotografía enviada por el acusado no representa actividad sexual y en ella ni siquiera aparece una persona menor de edad, tampoco se presentó la ilicitud de pornografía.

66. Los hechos aportados con la evidencia al juicio permite constatar la ocurrencia del denominado “sexting”, práctica que consiste en enviar mensajes, fotos o vídeos de contenido erótico y sexual personal a través del móvil mediante aplicaciones de mensajería instantánea o redes sociales, correos electrónicos u otro tipo de herramienta de comunicación, conducta muy recurrente en los adolescentes, ...

(...).

69. La doctrina refiriéndose al sexting o envío de imágenes o mensajes de texto con contenido sexual, **que en ocasiones aprovecha el remitente para hacer invitaciones obscenas al menor** a través de Facebook, **es posible tenerla como delito solo si el contenido de los mensajes se muestra en imágenes donde las representaciones reales de actividad sexual involucren a menores de 18 años**. En tales circunstancias es admisible presuponer que se está ante el delito de pornografía infantil previsto en el artículo 218 del Código Penal, pero no ante un acto sexual.

70. La foto que se aportó como evidencia dentro del presente juzgamiento, que fue encontrada en la Tablet que utilizaba la menor, contiene una imagen de las partes íntimas del acusado, **quien la envió a petición de la menor** por petición expresa de esta, **que lo indujo a cumplir su promesa** para presuntamente ella remitir la suya, acto que jamás se cumplió. Pero la referida imagen no contiene una

representación sexual ni involucra a la menor de edad, como para presuponer que el joven la indujo.⁹

9.4 En el juicio de tipicidad son relevantes algunas situaciones atribuibles a L.A.P.M., unas antecedentes y otras concomitantes.

En cuanto a las previas, señaló el Tribunal que la menor de edad ya tenía conocimientos sobre «*tema sexuales y órganos de reproducción*», al punto que había visto -y hasta compartido a su primo- videos pornográficos; y, como situaciones coetáneas destacó: (i) su actitud fue risueña, evasiva y habilidosa, (ii) introdujo la opción de que las imágenes enseñaran su cuerpo desnudo, y (iii) su comportamiento fue propositivo porque también pidió fotos y videos, con tal eficacia que obtuvo un registro visual del pene de su interlocutor.

Tales ideas se observan en algunos de los contenidos ya transcritos y también en los siguientes:

54. (...). Si bien el procesado se mostró insistente en obtener la fotografía de la menor, ella nunca accedió, **mostrándose evasiva y logrando** que él le enviara primero una foto de sus partes íntimas, ...

(...).

55. El acusado accedió a la pretensión de la menor y envió una fotografía de su pene, en la misma se observa la mano sosteniendo su miembro viril; sin embargo, **es la menor quien** lo requiere para que le remita otra donde pueda observarlo.¹⁰

(...)

⁹ Ibidem, págs. 23-25.

¹⁰ Ibidem, pág. 17.

57. Contrario a lo sostenido por la FGN, **es la menor quien** lo interroga si quiere su foto desnuda, ...

58. Ahora bien, **fue la menor quien** deja entrever que antes había enviado videos a su primo, (...). En su conversación la menor acepta haber visto videos en los que aparecen miembros viriles.¹¹

10. Pues bien, la norma sustantiva identificada por el Procurador demandante como erróneamente interpretada (art. 209) describe el delito de *actos sexuales con menor de catorce años* a través de 3 conductas alternativas: (i) realizar con una de estas personas actos sexuales diversos del acceso carnal (ii) ejecutarlos en su presencia, o (iii) inducirla a prácticas sexuales.

10.1 La tercera clase de comportamientos prohibidos exige la concurrencia de estos elementos típicos: (i) inducir a prácticas sexuales, (ii) a una persona menor de 14 años, y (iii) con conocimiento del hecho y la voluntad de ejecutarlo para satisfacer la libido. Por ello, la Sala de Casación Penal ha explicado que su configuración:

... requiere que se le instigue o persuada [*al menor de 14 años*] para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido.

De acuerdo con la definición gramatical de la palabra, inducir significa mover a alguien a algo o darle motivo para ello, provocar o causar algo. Siendo ello así, inducir a prácticas sexuales implica desplegar comportamientos orientados a provocar que un menor de catorce años realice algún tipo de actividad de connotación erótica.¹²

¹¹ Ibidem, págs. 17-19.

¹² Sentencia SP1867-2021, may. 19, rad. 56950; reiterada en la SP2920-2021, jun. 30, rad. 49686.

En igual sentido lo indicó la sentencia SP4573-2019, oct. 24, rad. 47234:

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

10.2 La sentencia de casación acabada de citar -reiterada por la SP2348-2021, jun. 2, rad. 49546- tuvo por objeto principal la delimitación del ámbito típico del delito de *utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales* (art. 219A C.P.)¹³ y lo hizo en términos cuya cita resulta pertinente para el asunto bajo examen:

Tanto el ingrediente objetivo (“*utilizar o facilitar el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación*”) como el subjetivo del tipo (“*para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de dieciocho -18- años de edad*”) deberán entenderse en un ámbito orientado al ejercicio de la prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual. Esto es, en un entorno de *explotación sexual de menores de edad*.

¹³ «El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de dieciocho (18) años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

Por ende, estableció la Corte que la solicitud o inducción sexual a un menor de 14 años por fuera de un entorno de explotación, aun cuando tenga lugar a través de redes globales de comunicación, se mantiene en la órbita típica de los actos sexuales abusivos (art. 209 C.P.):

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

(...).

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

En conclusión:

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

(...).

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

(...).

10.3 Conforme a lo dicho, el ilícito de *actos sexuales con menor de catorce años* a través de la inducción a prácticas sexuales, es de mera conducta porque su configuración no demanda la producción del resultado querido por el agente, esto es, que el niño, niña o adolescente realice o participe en la actividad erótica o libidinosa que se le propone. Inclusive, en algunos eventos, si tal desenlace ocurre podría actualizarse, entonces, una de las otras 2 acciones típicas: realizar actos sexuales con el menor o en su presencia.

Cierto es que los principios de tipicidad¹⁴ y lesividad¹⁵ implican que únicamente sean susceptibles de sanción las conductas descritas en la ley penal que sean idóneas o aptas para lesionar o poner en peligro *efectivamente* el bien jurídico tutelado, siendo esa la razón de la punición de la tentativa¹⁶. Pero, la idoneidad de la conducta no puede confundirse con la efectiva consecución del fin que la inspira porque aquella solo refiere la cualidad de lo «*adecuado y apropiado para algo*»¹⁷ con independencia de que esto último llegue a realizarse; de lo contrario, el delito tentado no sería sancionable.

10.4 De otra parte, no puede olvidarse que la razón por la cual la ley penal cataloga como abusiva todo acto o relación sexual

¹⁴ Art. 10 C.P.: «La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.».

¹⁵ Art. 11 ibidem: «Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.».

¹⁶ Art. 27 ibidem: «El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante **actos idóneos** e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, ...».

¹⁷ Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

con menores de 14 años es que presume la incapacidad de estos para prestar un consentimiento válido en esa materia.

De ahí que, someter a un niño, niña o adolescente de ese grupo etario a una actividad sexual, sea como sujeto pasivo o espectador o siquiera intentar persuadirlo con tal finalidad; son todas conductas que indefectiblemente lesionan su integridad y formación sexuales, sin importar los conocimientos o experiencias con que cuente el menor de edad y tampoco la acreditación de que sufrió un específico daño psicológico o físico a raíz del abuso. Esto, por cuanto:

[L]a presunción de que trata los artículos 208 y 209 del Código Penal (en el sentido de que el sujeto pasivo de la conducta es incapaz para ejercer libremente su sexualidad) **(i)** tiene que ser de pleno derecho, no solo porque es irrefutable, sino en razón del interés superior del niño y la especial protección que debe brindársele (por lo que **jamás admitirá prueba en contrario, ni estará sujeta a valoraciones relacionadas con el comportamiento del menor**); ...¹⁸.

En el mismo sentido, concluyó la sentencia SP921-2020, may. 6, rad. 50889 que:

... lo que presume el legislador es la falta de capacidad del menor para comprender “*el significado social y fisiológico del acto*”, o mejor aún, las consecuencias que se derivan de él, al considerar que no está preparado para asumir o enfrentar los eventuales resultados que se derivan del trato sexual.

En este sentido, para la estructuración del tipo penal **es indiferente que el menor tenga noción y conocimiento de qué es y en qué consiste la sexualidad**. La inmadurez que niega validez a su consentimiento, está vinculada con la falta de capacidad para afrontar el alcance y consecuencias que pueda generar en su vida el trato sexual antes de los catorce años de edad, verbi gratia, la condición de madre o padre, la crianza del recién nacido, su manutención, etc.

¹⁸ SP, oct. 20/2010, rad. 33022, reiterada en la SP4573-2019, rad. 47234.

11. Conforme a las explicaciones antecedentes sobre el sentido y alcance del artículo 209 del C.P.; la demanda del Procurador Judicial es fundada porque, en efecto, la sentencia de segunda instancia incurrió en interpretación errónea cuando esgrimió como argumentos de atipicidad:

11.1 Que el acusado no consiguió que L.A.P.M. le enviara fotografías de sus partes íntimas, lo cual, además, denota la inidoneidad de sus pedimentos.

Ese planteamiento desconoce la tipicidad de la conducta abusiva consistente en inducir a prácticas sexuales por 2 razones: (i) aquella no exige la concreción de los actos libidinosos que busca provocar el agente en el menor de 14 años, solo el acto medio provocador o inductor; y, (ii) la idoneidad de una acción habla de su adecuación y suficiencia para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, no de la efectiva consecución de la voluntad final que la orienta.

11.2 Y, que no se demostró la alteración o daño de la formación e integridad sexual (y psicológica) de L.A.P.M.

Tal premisa es errada porque, como ya se indicó, la afectación del bien jurídico de formación e integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes con edad inferior a los 14 años que son expuestos a actos sexuales, *se presume de derecho*. En consecuencia, no es viable prueba -y ni siquiera el raciocinio- que

pretenda demostrar el supuesto fáctico contrario al presumido por la ley. En ese orden, no puede constituir exigencia de la tipicidad y/o de la antijuridicidad de la conducta, la demostración de un específico trauma u otra secuela -psicológica o física- en la víctima directa.

12. La sentencia de segunda instancia equivocó la hermenéutica del artículo 209 sustantivo por motivos adicionales a los expuestos por el demandante:

12.1 De manera infortunada, invocó conocimientos, actitudes y comportamientos de la víctima como argumentos - directos o indirectos- de exclusión de tipicidad o antijuridicidad, como ya ha podido vislumbrarse.

12.1.1 En primer lugar, descartó la idoneidad -y con ello la tipicidad- de la conducta sexual inductora porque la reacción de la menor de edad fue jocosa, evasiva y habilidosa y, peor aún, incitó al acusado a que le requiriera una fotografía desnuda, lo persuadió de que remitiera imágenes de su miembro viril y le solicitó videos pornográficos.

Olvidó la sentencia que ni siquiera el consentimiento de una persona menor de 14 años excluye la responsabilidad de quien la someta o pretenda someterla a actividades que afecten su integridad y formación sexuales, porque se presume inválido; pero, además, que la naturaleza sexual abusiva de un acto no depende de una determinada conducta o reacción «correcta» o «adecuada», según la opinión del juzgador, del sujeto pasivo,

menos aun cuando este es un niño, niña o adolescente en proceso de maduración de sus facultades mentales.

Es más, si se tiene en cuenta que la conducta abusiva que se juzga recayó en una niña, el razonamiento del Tribunal acarrea *«estereotipos de género que hacen recaer en la mujer, como sujeto pasivo de la conducta punible, obligaciones relativas a un determinado comportamiento que, a priori, estaba llamado a asumir en su condición de víctima»*¹⁹. Al efecto, recuérdese que un enfoque de género en la administración de justicia proscribe *«el empleo de preconceptos anclados en la preeminencia del varón sobre el comportamiento que, desde una perspectiva patriarcal, deben o deberían asumir las mujeres frente a la amenaza de una agresión sexual ...»*²⁰.

El contexto argumentativo de la sentencia impugnada no solo descarta la tipicidad por conductas impropias, inesperadas o inusuales de la víctima mujer de un abuso sexual, juicio que resulta más discriminatorio aún por la etapa del desarrollo físico y psicológico de aquella (12 años); sino que, la señala, prácticamente, como corresponsable de los mensajes sexuales en el diálogo entablado con su primo adulto (23 años), en veces hasta en un grado superior porque la destaca como más astuta y eficaz. La remembranza de estas referencias literales así lo evidencia:

¹⁹ SP3574-2022, oct. 5, rad. 54189.

²⁰ Ibidem.

..., ella nunca accedió, **mostrándose evasiva y logrando** que él le enviara primero una foto de sus partes íntimas, ...

... El acusado accedió a la pretensión de la menor y envió una fotografía de su pene, ...; sin embargo, **es la menor quien** lo requiere para que le remita otra donde pueda observarlo

Contrario a lo sostenido por la FGN, **es la menor quien** lo interroga si quiere su foto desnuda, ...

..., **fue la menor quien** deja entrever que antes había enviado videos a su primo, (...).

... **fue ella quien logró doblegar la voluntad del acusado** para obtener su fotografía íntima ...

... **de una forma sagaz logró** que el acusado le enviara una imagen de su pene, lo requirió para ver su cara y, posteriormente, para que le enviara un video, ...

Esa forma discriminatoria y revictimizante de argumentar, da pábulo a inferencias tan inoportunas como la efectuada por el defensor, en la condición de no recurrente, quien entendió que la sentencia afirmó que la mujer menor de 14 años indujo al acusado a cometer el delito.

12.1.2 Y, en segundo lugar, la sentencia impugnada dejó entrever que los conocimientos de L.A.P.M. impiden concluir que la conducta abusiva de SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ «*despertó su sexualidad*».

En tal argumento subyace la premisa de que la información y experiencias previas de la víctima desvirtúan la lesión del bien jurídico tutelado, que es equivocada porque, nuevamente, desatiende la irrelevancia típica de los particulares

conocimientos, actitudes o comportamientos del menor de 14 años cuando es sometido a vejámenes sexuales. En suma, parece demandar cierta honorabilidad del sujeto pasivo, lo que resulta inadmisibile frente a todos los delitos sexuales y más aún frente a los abusivos contra niños, niñas y adolescentes.

12.2 En algún momento, la sentencia llegó a aseverar que las casuales peticiones «obscenas» realizadas a un menor de edad en el contexto de intercambio de videos o imágenes erótico-sexuales a través de la internet (*sexting*) no configura el delito de actos sexuales abusivos sino, eventualmente, el de *pornografía con personas menores de 18 años*.

12.2.1 Tal apreciación, cuando menos, es equívoca porque sí, en el marco de una actividad de *sexting* o cualquier otra que tenga lugar en redes globales de comunicación, un menor de 14 años recibe solicitudes o es inducido a una práctica sexual, el autor de esta conducta incurre, sin duda alguna, en el delito previsto en el artículo 209 del C.P.

En similar sentido, en la sentencia SP086-2023, mar. 15, rad. 53097, indicó que el «*grooming*» o «*child grooming*», [que] *hace referencia, ..., al contacto vía TICs, preordenado a la actividad sexual con menores ... resulta objeto de reproche, a través del artículo 209 del Código Penal, cuando la 'inducción' es específica a realizar actividades sexuales o cuando el sujeto activo logra contacto sexual de cualquier tipo con su víctima*».

12.2.2 Cuestión muy distinta es que en el contexto de las tecnologías de la comunicación el agente «*fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de dieciocho (18) años de edad*» o que «*alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro*».

En tales eventos, obviamente, el ilícito cometido sí será el definido en el artículo 218 sustantivo.

13. En síntesis, la sentencia impugnada incurrió en violación directa de la ley sustancial por la errada interpretación del artículo 209 del C.P. y tal vicio es trascendente porque su corrección lleva a concluir que la premisa fáctica demostrada reúne las exigencias típicas del delito de *actos sexuales con menor de catorce años agravado*, así como los demás presupuestos de responsabilidad.

13.1 En tal sentido, resultan acertados y pertinentes, como se vio, no solo los argumentos del demandante sino los esgrimidos por los delegados de la Procuraduría y la Fiscalía ante esta Corporación, y por el apoderado de la víctima.

13.2 Por el contrario, los planteamientos del defensor -no recurrente- frente al primer cargo de la demanda ni siquiera son veraces:

13.2.1 De una parte, aseguró que en la audiencia de formulación de imputación no se especificó la modalidad de actos sexuales abusivos que se le atribuían a SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ, argumento que supondría la denuncia de un vicio procedimental, obviamente, por fuera del ámbito material de la demanda de casación.

De cualquier manera, el registro de la audiencia preliminar en cuestión infirma el alegato por completo toda vez que en esa primigenia oportunidad la Fiscalía aludió al artículo 209 del C.P. y seleccionó 2 de sus modalidades típicas como objeto de imputación: «... **realizar actos** diversos al acceso carnal, las conversaciones, la fotografía, con una persona menor de 14 años; **además de eso, usted la inducía a prácticas sexuales**, que le enviara de sus senos desnudos, de su vagina, de todo eso, esa es una práctica sexual ...»²¹.

Al final del proceso, tanto la sentencia de primera como de segunda instancia estimaron que la única conducta típica pertinente a los hechos objeto de acusación es la de *inducción a prácticas sexuales a un menor de 14 años*; la que, vale agregar, no presupone un encuentro personal o físico de los sujetos activo y pasivo, como erradamente lo sostuvo el defensor –también en las alegaciones finales del juicio-.

²¹ Minuto 01:29:10, registro de la audiencia de formulación de imputación.

13.2.2 Y, de otra parte, afirmó que el Tribunal sí debía «valorar la capacidad de seducción de la menor en comento; ... la capacidad para embaucar al objetivo», según lo dicho en la sentencia SP2894-2020, rad. 52024.

A más de que la alegación es impertinente en el ámbito de los *actos sexuales con menor de 14 años* y revictimizante frente a los sujetos pasivos de este delito; cita, al parecer como apoyo, una sentencia de casación que jamás planteó la tesis que le atribuye y que, además, abordó un problema jurídico que ninguna similitud guarda con el presente. En efecto, en esa oportunidad se estudiaba si la sola conducta de exhibir un órgano genital, en la vía pública, a un menor de 14 años significaba *realizar un acto sexual en presencia de un menor de 14 años* -no la modalidad de inducción-.

14. Como ya se anunció, la premisa fáctica demostrada en el proceso es típica de actos sexuales abusivos porque incluye: (i) una actividad inductora, (ii) dirigida a la realización de prácticas sexuales, (iii) de un menor de 14 años y (iv) con la cual se busca satisfacer la libido del agente.

15. La calidad exigida por el tipo penal en el sujeto pasivo no fue discutida en el proceso porque las partes estipularon que L.A.P.M. nació el 23 de julio de 2001 y, en consecuencia, para el mes de junio de 2014 tenía 12 años.

16. Los demás requisitos típicos son acreditados, principalmente, con el documento que registra la conversación

sostenida por SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ y L.A.P.M. por la red social WhatsApp, introducido con la investigadora Lady Andrea Muñoz Bermúdez, quien la extrajo del dispositivo tecnológico desde el cual se comunicaba la última.

Los términos de ese diálogo y sus partícipes fueron reconocidos por la menor de edad durante el testimonio que ofreció en el juicio oral, sin que el defensor refutara su credibilidad.

17. Vale advertir que los testimonios de la investigadora del C.T.I. Clara Marcela Ortiz Rodríguez –que incorporó una entrevista de la menor de edad- y de Diana Paola Munevar González –madre de la víctima- frente al diálogo que materializó el delito; constituyen pruebas de referencia inadmisibles porque no se alegó ni se demostró alguna de las circunstancias excepcionales del artículo 438 del C.P.P. ni, en general, alguna forma de indisponibilidad relativa de L.A.P.M., quien declaró en el juicio oral y respondió todas las preguntas que le fueron efectuadas durante el interrogatorio cruzado.

18. La comunicación sostenida vía Whatsapp enseña que el acusado solicitó a su prima de 12 años que le enviara una fotografía de sus partes íntimas y para lograrlo le insistió de manera persistente y le dio varias motivaciones para hacerlo, todo con el fin explícito de satisfacer apetencias sexuales; además, que el adulto requería a su interlocutora, también en forma insistente, que borrara la conversación y ello indica con

claridad que era consciente de que incurría en una conducta prohibida.

Por la contundente eficacia de los términos literales del diálogo, se transcribirá casi en su totalidad –solo se omiten contenidos o expresiones secundarias e irrelevantes- y, valga la redundancia, tal ejercicio se hará de manera textual –incluidos los errores ortográficos- dada la muy particular forma del lenguaje utilizado en las redes sociales, especialmente por los jóvenes. Se procede a ello no sin antes advertir que la existencia, contenido y autenticidad del medio probatorio documental no son cuestionados:

(...).

S.E.P.R.: ... todo lo que hablemos lo borras, bueno. Borras la conversación amor. Y yo también

L.A.P.M.: Bueno x q?. Taan bobo

(...).

S.E.P.R.: Cuando pasas sola al local

L.A.P.M.: Sola y no se llegar sola

(...)

L.A.P.M.: Y para que voy

S.E.P.R.: Te doy para las hoces [*once*]

(...)

S.E.P.R.: Me vas a enviar una fotico asi bien. Chebre. Si tienes hasi como me imaginop

L.A.P.M.: Como

S.E.P.R.: En tangas o bracier

L.A.P.M.: Nooooojejeje

S.E.P.R.: Hay dale kor si. Mor. Yo la elimino hay mismo

L.A.P.M.: No

S.E.P.R.: O la guardo en una cosa que toka con cable. Aaa. Tomate uan ahí. Si. Mor

L.A.P.M.: Usted es mi primito

S.E.P.R.: Si pero ya sa ves no pasa nada nos dos nos tenemos confianza. Solo la voy ha ver yo

L.A.P.M.: Pero no para esa foto

S.E.P.R.: Si dale una si. Si bb. Dale si. Solo para mimor. **Y yo te envío una**

L.A.P.M.: Que pena. Jeje

S.E.P.R.: Que pena mor. Yo te voy y la elimino

L.A.P.M.: Primero la suya aaaa jejejeje

S.E.P.R.: Pero si cumples amor

L.A.P.M.: Si

S.E.P.R.: Ok pera voy al baño. Pero no se le olvide eliminar la conversación y las fotos bueno

L.A.P.M.: Ok

[SERGIO envía fotografía de su pene]

S.E.P.R.: Hay dale mor relax. Que nada más lo sabemos los dos

L.A.P.M.: Tu no te vez

[SERGIO envía foto donde muestra el pene y la cara]

S.E.P.R.: Ya. y la tuya amor. bien bonita. ok

L.A.P.M.: Uy. es que a mi dapena

S.E.P.R.: Pero enviame la tya mor. Dale corazón. Tranquis. Dale mor

L.A.P.M.: Ensq me da miedo. Q mi mama vea

S.E.P.R.: Porque miedo corazón. No con cuidado. Dale. Entra a baño. Con cuidado amor

L.A.P.M.: O después. Yo soy su prima

S.E.P.R.: Hay amor dale. Si ves quedamos en algo

L.A.P.M.: Jajaja yo soy pequeña. Jajajajaja. Hayyy que pena

S.E.P.R.: Dale amor. Entre los dos no pasa nada mor tu sa ves. Relax. Tomatela. Amor. Si ves me dijiste que si y yo cumplí. Una no más

L.A.P.M.: No importa que seamos primos

S.E.P.R.: No importa. No amor nompasa nada. Dale tomate uan

L.A.P.M.: Y mañana

S.E.P.R.: Hay dale ya L. que te kelo ver si. Y tu dijiste que yo primero y te cumpli

L.A.P.M.: Me quiere ver sin ropa

S.E.P.R.: Si

L.A.P.M.: Nooo

S.E.P.R.: En tangas o cucos. Dale. Si ves. Dale rápido. En vestido de baño

L.A.P.M.: Es que esta en la piensa [pieza] de mi mami. **Yo a usted lo elimine hace un año del Face x mol oso conmigo**

S.E.P.R.: Bueno tomate uan hay donde estas asi con los cenos no mas

L.A.P.M.: Ucchhh

S.E.P.R.: A pero los dos hablábamos normal no quieres hablar de eso. No te gusta hablar de eso. Mandame una foto ormal si para verte. Si tienes

L.A.P.M.: pues aca no

S.E.P.R.: Tu sabes que yo te kelo arto

L.A.P.M.: X esta table tiene muchos juegos

S.E.P.R.: Aa bb. Pero aty si te gusta verme asi o no

L.A.P.M.: Y se le acabo la memoria. Yo nunca había visto un pene

S.E.P.R.: Aaa no ke mando videos por o la multima ves mas mentirosita ajajajaja

L.A.P.M.: jajajaja

S.E.P.R.: Pero tranquis es normal primis. Toka que elimine la conversación a horita por q non falta que vean lo que hablamos. Yo también borro eso

L.A.P.M.: Y los videos los borro. Jejejej que pena

S.E.P.R.: Se me borraron jiji. Pero si me regalas la foto cuando

L.A.P.M.: Envie uno. Video

S.E.P.R.: Pero que me hecita toka que me hables de eso buenop. Y te envio unop

L.A.P.M.: Yo pensé que decía que tenia videos mios

S.E.P.R.: No

L.A.P.M.: Uff yo nooo le mande. jajajaj

S.E.P.R.: Si. No tiene hay que me envio uno

L.A.P.M.: usted tiene algo mio fotos o videos nooo

S.E.P.R.: Videos pero en el compu. Estoy desde mi table

L.A.P.M.: usted x q habla tanto de hacer el amor

S.E.P.R.: Mandame una foto si

L.A.P.M.: de sexo

S.E.P.R.: Porq es rico. Tu nunca has echo nada

L.A.P.M.: Lleva hablando mas de un año

(...).

L.A.P.M.: De sexo. Usted siem me habla de eso. Y casi no me gusta x q me da miedo. Uchhhhh. Grosero. Primo.

S.E.P.R.: Me la mimagino biendo eso sola jiji

L.A.P.M.: Jajajaja me asusto

S.E.P.R.: Porq

L.A.P.M.: X q nunca había visto un pene real solo x videos

(...)

S.E.P.R.: Tu ya estás grande. Jiji cuchita

L.A.P.M.: Noooo. 12 años

(...)

L.A.P.M.: Y quien le dio miwasaap

S.E.P.R.: No quiere que te tenga luego

L.A.P.M.: Es que es mol oso usted conmigo siempre. Morbosoy

(...).

L.A.P.M.: Siempre. Habal. De sexo. Canson

(...)

S.E.P.R.: Cuando vengas me avisas bueno

L.A.P.M.: Para q. No me asuste

S.E.P.R.: Nada me saluda y me abraza y te vas no

L.A.P.M.: Si no mas. Cuidado

S.E.P.R.: Cuidado que

L.A.P.M.: Jummmm. Cuidadito me toma o algo así. Toca

S.E.P.R.: por q

L.A.P.M.: x q nooo

[Cuando ya L.A.P.M. se despedía]

S.E.P.R.: pera que hago una cosa

L.A.P.M.: Q???. Espero Q

S.E.P.R.: nada

L.A.P.M.: Ala entonces chao

S.E.P.R.: No te digo porque te colocas brava con kigo. Ya sa ves
L.A.P.M.: Q???. No se
(...)
S.E.P.R.: Paja
L.A.P.M.: Y x q. Que asco. Chao. Siga. Chao
S.E.P.R.: Q pasa si te toco
L.A.P.M.: Le pego. Austed
S.E.P.R.: Pera si
L.A.P.M.: X q espero. Tanto
S.E.P.R.: Te kelo mor
L.A.P.M.: Bueno
S.E.P.R.: Q rico
L.A.P.M.: Q rico q. Uch. Chao
S.E.P.R.: Tu ya tienes cenitos
L.A.P.M.: Siii. Ovio
S.E.P.R.: Q rico
L.A.P.M.: Uchhhh ya empezó otra vuelta ese sergio. Uchhhh
S.E.P.R.: Pera la ultima ves y ya si.
L.A.P.M.: QQqq? La ultima ves q
S.E.P.R.: Q hablamos de esony nos volvemos hablar buenop. Mientras acabo.
L.A.P.M.: Acabo de q
S.E.P.R.: Ya sa ves
L.A.P.M.: Q tanto hace
S.E.P.R.: Y sa ves q te dije
L.A.P.M.: Otra ves
S.E.P.R.: No e acabado
L.A.P.M.: Y x q me dice a mi
S.E.P.R.: Me toy haciendo ya casi
L.A.P.M.: Digale a su novia. Yo soy muy niña y usted cuantos años tiene. Sergio
S.E.P.R.: 21
L.A.P.M.: Huyyy. Eso es un delito. Jajajaja. Lo que usted hace. Hace conmigo.

19. L.A.P.M. confirmó en el juicio oral que su primo SERGIO la contactaba por Facebook y por WhatsApp para pedirle que le mostrara su cuerpo y, en especial, sus partes íntimas (senos y vagina), y también que, en una de esas ocasiones, le envió una fotografía de su pene:

Él me hablaba por Facebook y sino por WhatsApp y allí me mandaba las fotos [minuto 12:30] ... solo fue una vez [minuto 13:20] ... me decía que si le mostraba mi cuerpo y que si nos íbamos a ver ... [minuto 13:23] ... pues él me hablaba y me decía que quería ver mi cuerpo, él intentaba que yo le mandara fotos y me decía pues que él quería ver mi cuerpo [minuto 15:59] ... mis partes íntimas [minuto 15:35] ... mis senos, mi vagina [minuto 14:14]

... él me decía que le mostrara mi cuerpo y él me mostraba sus partes íntimas [minuto 10:40]

... [vio] sus partes íntimas [minuto 11:25] ... él me mostraba su pene [minuto 11:37].

20. Los mensajes o chats antes transcritos revelan con claridad meridiana los siguientes hechos:

20.1 Que SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ planteó una conversación a su prima L.A.M.P. con el objetivo explícito de obtener de esta una fotografía en la que exhibiera sus senos y vagina, ya fuera desnudos o cubiertos solo con ropa interior.

20.2 Que reiteró dicha petición una y otra vez, al tiempo que ofrecía toda clase de motivos a la menor de edad para persuadirla de cumplir su deseo.

En efecto: le promete que eliminará el archivo o que lo almacenará en un dispositivo seguro (confidencialidad); ofrece enviarle primero una fotografía de su cuerpo y la compromete a que siga su ejemplo; cumple tal anuncio con una imagen de su miembro viril y la presiona para que cumpla su parte; controvirtió cada una de las razones de miedo y vergüenza con que la niña justificaba la negativa; y, varias veces le expresa un gran cariño. Todo ello sin olvidar que, la antesala a la formulación de la solicitud fue ofrecerle onces (refrigerios o meriendas).

En tales condiciones, la propuesta sexual del acusado era seria y convincente; por tanto, revestía idoneidad para inducir a la víctima.

La sentencia de segunda instancia sostuvo que la remisión de la foto del órgano genital del acusado fue provocada por la menor de edad, cuando la secuencia del diálogo enseña que tal actuación fue sugerida por el hombre con la finalidad inequívoca de generar confianza y el compromiso de su interlocutora -en la cita textual antecedente se resaltó con negritas-. Siendo así, dicho contenido probatorio fue tergiversado por el Tribunal y, por ende, incursionó en un falso juicio de identidad.

20.3 Que la toma y envío de la fotografía inducida por el acusado constituía una actividad de naturaleza sexual, tanto en el plano objetivo como subjetivo, porque buscaba la exhibición de los órganos femeninos íntimos con el inequívoco propósito de satisfacer la libido del destinatario y, a su vez, de despertar algún placer correlativo también en L.A.P.M. -con ese fin también le

envió una imagen de su pene y le transmitió la idea de que el sexo genera mucho goce-.

El ánimo libidinoso del agente resultó palmario en algunas de sus expresiones: pidió a la niña que le hablara de videos pornográficos porque ello le excitaba, le dijo que conversar sobre sexo era muy placentero, le hizo saber que se masturbaba y en el entretanto repetía frases que denotaban satisfacción sexual (¡qué «rico!»), le indagó sobre el desarrollo de sus senos y llegó a plantear la posibilidad de tocarla.

Es de advertir que, contrario a lo sostenido por la sentencia impugnada, es irrelevante si el acusado ejecutó o no la maniobra de autosatisfacción sexual porque la sola manifestación que hizo en tal sentido, acompañada por expresiones que la dotaban de credibilidad, evidenció, cuando menos, un propósito de la naturaleza anunciada.

20.4 Que L.A.P.M. manifestó su incomodidad y disgusto por los temas sexuales que con frecuencia –desde hacía 1 año- le proponía el acusado, al punto que llegó a bloquearlo en su cuenta de Facebook. Por esa misma razón lo consideraba «*morboso*» y expresó repugnancia cuando se enteró de que se masturbaba mientras interactuaban por el chat («¡Uchhh!», «¡Qué asco!»).

En este aspecto, la sentencia de segunda instancia cercenó la prueba documental en cuestión porque, en distintos apartados, describió la respuesta de la menor de edad ante la propuesta de su consanguíneo exclusivamente como jocosa,

habilidosa, sagaz y hasta propositiva; pero, soslayó en su argumentación las claras manifestaciones de rechazo y de indignación con que también reaccionó. Esto sin olvidar que, en todo caso, el examen de la conducta de la víctima de unos actos sexuales abusivos debidamente acreditados es impertinente.

En el sentido indicado, le asiste razón al demandante en la propuesta subsidiaria de falso juicio de identidad.

20.5 Que el acusado conocía que L.A.P.M. tenía 12 años porque esta así lo mencionó; pero también que ejecutaba una conducta ilícita porque, de igual manera, a pesar de su corta edad esta llegó a advertirlo y, si fuera poco, ello puede inferirse de su constante preocupación por desaparecer la evidencia de los mensajes.

21. Los argumentos de oposición del defensor, en la condición de no recurrente, se dirigieron a respaldar la legalidad de la interpretación del artículo 209 del C.P. para absolver. Por lo tanto, no cuestionó la eficacia de la prueba incriminatoria, más allá de manifestar que el demandante en casación solo citó los fragmentos probatorios que convenían a su pretensión.

Sin embargo, como se pudo observar, la valoración integral de la prueba incriminatoria, especialmente la documental que ilustra la conversación del acusado con L.A.P.M. -12 años- ratificada por esta última; arroja como única conclusión que, más allá de dudas razonables:

SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ realizó con dolo y ánimo libidinoso la conducta de actos sexuales con menor de catorce años, en la modalidad de inducción; de manera que, sin justa causa, vulneró la integridad y formación sexuales de L.A.P.M.

Tal comportamiento le es reprochable porque es un hombre, con 23 años para la época de los hechos, con la capacidad de comprender la ilicitud de aquel y de autodeterminarse -no hay información que indicara una eventual causal de inimputabilidad-; inclusive, quedó acreditado que efectivamente conocía la naturaleza delictiva de su proceder y no hizo nada para evitarlo pudiendo hacerlo.

22. Entonces, como lo denunció el agente del Ministerio Público, la sentencia de segunda instancia interpretó erróneamente el artículo 209 del C.P., siendo este el motivo por el cual absolvió al acusado porque la premisa fáctica demostrada encaja en la descripción típica de actos sexuales abusivos por inducción a prácticas sexuales a un menor de 14 años.

En tales condiciones, se casará la sentencia absolutoria impugnada, la que será sustituida por la de primera instancia que, con acierto y legalidad, condenó a SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ.

23. Ahora bien, **de manera oficiosa**, la Corte modificará esa sentencia condenatoria en el sentido de que lo será por el delito de *actos sexuales con menor de catorce años*, es decir, sin la

circunstancia descrita en el numeral 2 del artículo 211 del C.P., que agrava la pena si *«El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza»*.

23.1 En el acto procesal inicial de imputación, la Fiscalía atribuyó a SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ el delito contra la integridad y formación sexual junto con la quinta agravante de la norma sustantiva precitada, debido a la relación de parentesco existente entre aquel y L.A.P.M. (cuarto grado de consanguinidad).

23.2 Por su parte, la acusación reemplazó la circunstancia de agravación por la establecida en el numeral 2 al inicio transcrito, sin advertir la razón de esa modificación y sin precisar cuál era el específico *«carácter, posición o cargo»*, diferente al solo parentesco que estructura el numeral 5 ibidem, que ejercía el acusado y le confería autoridad sobre la víctima • determinaba a esta a tenerle confianza. Es más, ni siquiera precisó cuál de estas 2 hipótesis era la pertinente.

Se transcribirán los hechos del escrito de cargos que, después, fue leído en la audiencia de formulación, para así evidenciar la omisión de la base fáctica de la causal segunda de agravación:

El 10 de Junio de 2014, se inicia la investigación mediante denuncia presentada por la señora DIANA PAOLA MUNEVAR GONZALEZ quien manifiesta que el 3 de junio su hija ... [L.A.P.M.] de 12 años de edad, se encontraba jugando con su Tablet, iniciando una conversación con

su primo SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRIGUEZ, el cual tiene 23 años de edad. En ese momento la denunciante necesitaba buscar a una amiga así que le pidió a su hija que le prestara su Tablet, al dárselo miró la conversación que tenía con el primo, lo cual la sorprendió al ver que se refería a él, la menor como "mi bebe", "amor", él le decía "déjame ver tus senos", a lo cual la menor se negaba porque la denunciante estaba en la casa, pero él insistía diciéndole que se fuera para el baño, que allí le mostrara además de sus senos, su vagina y se tomara fotos. En ese momento habló la denunciante con la menor y le preguntó qué porque esas conversaciones y desde cuando, a lo cual ella le respondió que su primo la molestaba desde la casa pasada, lo cual más o menor es año y medio, le contó que él siempre le habla mucho de sexo, de penes y siempre le pide que le muestre los senos y la vagina. También le enviaba pornografía al Facebook, por esta razón ella lo eliminó a él del Facebook y canceló la cuenta, pero la volvió a contactar por medio de su hermano JUAN DAVID PEÑA MUNEVAR de 15 años de edad, a quien SERGIO ENRIQUE contactó para que le diera el Whatssap de LAURA, en repetidas ocasiones, hasta que su otro hijo al ver que no había nada de malo y era el primo, se lo dio. Eso fue el 1 de junio de 2014. La niña en ese momento reaccionó de manera agresiva con ella misma, se rasguñó su cara, gritó, lloró y dijo que no le había dicho nada por miedo a que se la quitaran a la denunciante de su lado, va que se encuentra separada de su padre por violencia intrafamiliar y ella no quiere convivir con su padre porque es muy agresivo y no tiene una buena relación con la persona que ahora vive su papá y además SERGIO visita frecuentemente esa casa. SERGIO en varias ocasiones la ha citado en el local donde trabaja y siempre le dice que vaya sola, pero ella no ha ido y solo fue una sola vez pero acompañada de su hermano porque esta persona le dijo que le daba dinero para las onces y que le tenía unas zapatillas NIKE.

23.3 Esa indeterminación del hecho que justificaba la aplicación del artículo 211.2, obviamente, impedía el ejercicio de la defensa, más aún cuando la única razón que, quizás, habilitaba la consecuencia punitiva más gravosa era la relación de consanguinidad entre los protagonistas del evento juzgado y esta, por lo menos en su connotación jurídica, fue abandonada por la Fiscalía en la audiencia de formulación de acusación, lo que generaba mayor confusión.

Además, recuérdese, sobre el ámbito de esas circunstancias de agravación la Corte aclaró que *«no es procedente aducir la causal 2ª de agravación del artículo 211 de la Ley 599 de 2000 con*

fundamento exclusivo en la existencia de un vínculo de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil. En estos casos, dada la mayor riqueza descriptiva y la especialidad de la causal 5ª, deberá preferirse y privilegiarse, siempre, su atribución.»²².

23.4 En la misma línea de error, la sentencia de primera instancia omitió por completo identificar los supuestos fácticos demostrados que se adecuarían a la circunstancia agravante señalada en la acusación; no obstante, dio aplicación automática a su consecuencia jurídica.

Así, entonces, el Juez de Conocimiento, a más de que en la audiencia de formulación de acusación omitió controlar la satisfacción de la exigencia prevista en el artículo 337.2 del C.P.P. en lo que hacía a los hechos que configuraban la agravante; en la sentencia incurrió en un vicio de motivación frente al mismo tema.

23.5 Como quiera, entonces, que la atribución de la causal de agravación del artículo 211.2 del C.P. en la audiencia de acusación violó el debido proceso y el derecho de defensa, y, de manera correlativa, la sentencia condenatoria de primera instancia prolongó la irregularidad al aplicar una norma sustantiva desfavorable sin identificar el supuesto fáctico que la justificara; la misma será excluida de la condena.

²² SP784-2022, mar. 16, rad. 58663, entre otras.

23.6 La ausencia de la circunstancia específica de agravación en la calificación jurídica por la que se declaró la responsabilidad de SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ, conlleva el retiro de los aumentos punitivos respectivos.

En ese orden, como la sentencia de primera instancia impuso los montos mínimos legales, la duración de la pena de prisión y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, se fijará en **9 años** (art. 209 C.P.).

La negativa de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la sustitución por prisión domiciliaria se mantendrá, por cuanto obedece a la prohibición establecida en el artículo 199 del Código de Infancia y la Adolescencia (L. 1098/2006) para los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

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

R E S U E L V E

Primero: **Casar** la sentencia de segunda instancia que absolvió a SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ para así restablecer la sentencia inicial que lo condenó como autor de *actos sexuales con menor de catorce años*.

Segundo: **Excluir** la circunstancia específica de agravación (art. 211.2 C.P.) y, por tanto, la pena de prisión que se impone a SERGIO ENRIQUE PEÑA RODRÍGUEZ es por **9 años**, mismo término de la accesoria de inhabilitación de derechos y funciones públicas.

Contra esta decisión no proceden recursos.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase.


HUGO QUINTERO BERNATE

Presidente


MYRIAM ÁVILA ROLDÁN



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

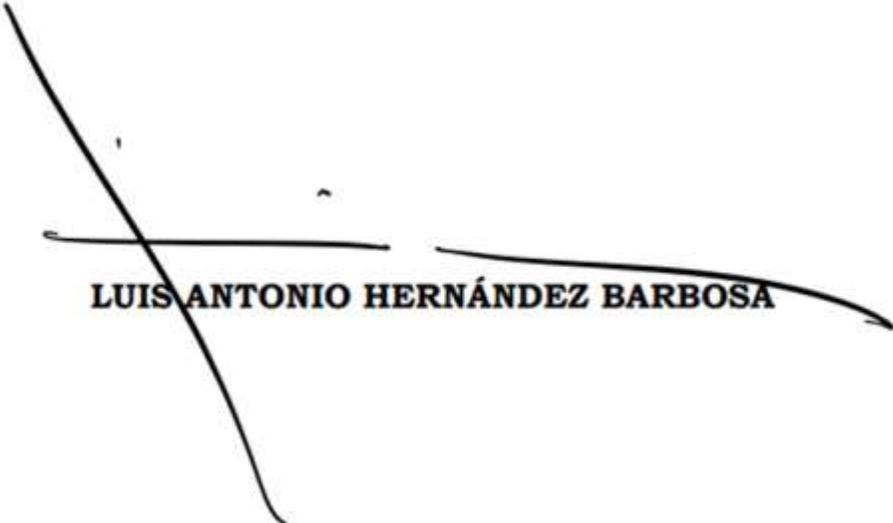


GERSON CHAVERRA CASTRO

Sala Casación Penal 2023



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria