

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada Ponente

AP1715-2018

Radicación 46581

Aprobado acta nº 127

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación presentada por el defensor de LISÍMACO GIRALDO GALLEGO en contra de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el 29 de mayo de 2015, mediante la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, fechado el 13 de marzo de 2013, condenando al mencionado procesado como autor de los delitos de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, Estímulo a la prostitución de menores y Pornografía con personas menores de 18 años, en concurso de conductas punibles.

H E C H O S

En el fallo demandado fueron narrados de la siguiente manera:

El 30 de julio de 2011 siendo aproximadamente las 11:30 p.m., se llevó a cabo diligencia de allanamiento por parte de miembros de la Policía Judicial en el inmueble ubicado en la carrera 17, número 21 norte - 05, edificio Panorama, apartamento 601 de esta ciudad, pues

previa información se tuvo conocimiento que en ese lugar el señor LISÍMACO GIRALDO acostumbraba a realizar fiestas con menores entre los 13 y 17 años de edad, en las que consumían sustancias estupefacientes y posteriormente tenía relaciones sexuales con ellas. Se sabía asimismo, que les ofrecía dinero para llevar a cabo tales actividades y que conservaba gran cantidad de fotografías con representaciones de actividad sexual con menores de 18 años, es decir, desnudas, en ropa interior y sosteniendo relaciones sexuales.

El día de la diligencia se halló al señor LISÍMACO GIRALDO GALLEGO en compañía de dos menores de edad, una era su hija y la otra iniciales M.J.M.R. de 17 años de edad. En el cuarto principal se encontraron en el closet de GIRALDO GALLEGO una bolsa plástica con 271 fotografías de mujeres al parecer menores de edad, en unas desnudas, en otras en ropa interior y realizando tocamientos de índole sexual. También se encontró un cd que contenía imágenes similares y se extrajo el disco duro del computador el cual al ser analizado no obtuvo resultados positivos por lo que se devolvió a su propietario. Lisímaco Giraldo Gallego fue privado de la libertad.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En audiencia preliminar llevada a cabo el 31 de julio de 2011, ante el Juzgado 3º Penal Municipal con función de Control de Garantías de Armenia, tras legalizarse la captura, la Fiscalía formuló imputación a LISÍMACO GIRALDO GALLEGO por los delitos de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, Estímulo a la prostitución de menores y Pornografía con personas menores de 18 años, en concurso de conductas punibles, sin que se allanara a los cargos. En su contra se impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en centro de reclusión.

Presentado el escrito de acusación el 26 de septiembre de 2011 por parte de la Fiscal Segunda Seccional de Armenia, le correspondió al Juzgado 4º Penal del Circuito con

funciones de conocimiento de aquella ciudad adelantar la etapa de juzgamiento, celebrándose las audiencias de acusación y preparatoria los días 4 de octubre y 10 de noviembre de 2011, respectivamente.

La audiencia de juicio oral y público se llevó a cabo en sesiones desarrolladas los días 23 de febrero, 18 de abril, 7 de junio, 16 de julio, 15 de agosto, 10 de septiembre, 11 octubre de 2012 y 31 de enero de 2013. Clausurado el debate, en esta última fecha se anunció el sentido del fallo declarando culpable al acusado LISÍMACO GIRALDO GALLEGO.

El 13 de marzo de 2013, el mismo despacho judicial emitió el fallo condenatorio, declarando responsable a LISÍMACO GIRALDO GALLEGO, en calidad de autor de los delitos de Estímulo a la prostitución de menores, Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años y Pornografía con personas menores de 18 años, en concurso de conductas punibles, -artículos 217A, 217 y 218 del Código Penal-, imponiendo en su contra la pena principal de doscientos cuarenta (240) meses de prisión y multa de ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por aquel lapso, negándole el derecho al subrogado de la condena de ejecución condicional y a la sustituta prisión domiciliaria.

Así mismo, ordenó que se compulsaran copias de la actuación, para que se investigue al acusado por la conductas punibles de Acceso carnal abusivo con menor de catorce años, Actos sexuales abusivos con menor de catorce años, Suministro de estupefacientes a menores de 18 años e Incesto.

Apelado el fallo por el apoderado del acusado, la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia lo confirmó en su integridad, mediante providencia del día 29 de mayo de 2015.

Oportunamente el defensor del acusado interpuso el recurso extraordinario de casación, siendo sustentado en escrito que ahora analiza la Corte en su debida fundamentación.

RESUMEN DE LA IMPUGNACIÓN

Seis cargos presenta el apoderado del acusado LISÍMACO GIRALDO GALLEGO, que fundamenta de la siguiente manera:

Primer cargo: violación directa

Acusa la sentencia de segundo grado con fundamento en el numeral 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por violación directa proveniente de interpretación errónea del tipo penal de Pornografía con personas menores de 18 años.

En desarrollo del cargo, alude a que la doctrina y la jurisprudencia no han definido de manera pacífica lo que es material pornográfico, por lo que se hace necesario desarrollar el tema a través del concepto histórico, por lo que el Tribunal erró en no hacerlo.

Para ese efecto, el demandante transcribe, en extenso, literatura sobre la pornografía en la historia de la humanidad, para concluir que «en este contexto no se discute el reproche sobre los comportamientos erótico-sexuales que involucran a menores de edad, pues ello está por fuera de cualquier consideración, sino el carácter legal que para efectos de la tipicidad representa el ingrediente normativo de material pornográfico».

Critica que el Tribunal no analizó, con ayuda de la sociología y el derecho, que lo que es malo, amoral y libidinoso para una parte de la humanidad, para otra parte puede ser bueno, y en ese contexto se debió analizar la conducta del procesado frente a las fotografías que le fueron incautadas, puesto que no necesariamente ese material es pornográfico, en tanto puede hacer parte de una cultura o «modo de vida», como expresión artística, literaria o científica.

Segundo cargo: violación indirecta

Con fundamento en el numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, plantea la presencia de una violación indirecta de la ley por falso raciocinio, referido al mismo delito de Pornografía con personas menores de 18 años, porque, según expone, se apreció la prueba de espaldas a los principios de la sana crítica.

Argumenta que el vicio se presentó cuando el Tribunal adujo que a simple vista podía establecer que las mujeres que aparecen en las fotografías incautadas eran menores de edad, no obstante que para esa conclusión debió haber contado con la prueba pericial de un técnico especializado en documentología, debido a que los avances tecnológicos permiten cambios en las imágenes que pueden distorsionar la realidad.

De esa manera, no obstante haberse decomisado el material fotográfico, no se probó que se tratara de material pornográfico, tampoco se acreditó la edad de las personas que aparecen en las imágenes ni las fechas en que fueron realizados los referidos registros.

Agrega que tampoco es posible establecer la edad de las mujeres fotografiadas, apelando como lo hizo el Tribunal a las probables fechas declaradas por algunas de las testigos.

Censura, igualmente, que no se haya dado ninguna credibilidad a la testigo de descargo M.J.N.R., sin llevarse a cabo un ejercicio ponderado con fundamento en las reglas de la sana crítica.

Tercer cargo: violación directa

En relación con el delito de Estímulo a la prostitución de menores, plantea la presencia de una violación directa por interpretación errónea, de acuerdo a lo previsto en el numeral 1 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

En desarrollo del cargo, aduce que el juzgador eligió la norma adecuada llamada a regular el caso, pero equivocó su significado y alcance, al endilgar al acusado una conducta bajo

supuestos de tipicidad inexistentes.

Argumenta que el delito previsto en el artículo 217 del Código Penal se limita a las conductas de destinar, arrendar, mantener, administrar o financiar lugares para la ocurrencia de actos sexuales con menores de 18 años, lo cual exige «cierto ánimo de permanencia», es decir, que se trate de casas o establecimientos diseñados exclusivamente para encuentros sexuales y reuniones, no de una residencia, que fue el sitio empleado por el acusado para fiestas ocasionales, según lo declaró M.J.M.R.

Agrega que la destinación del inmueble no depende del número de encuentros sexuales que se desarrollen en lugar, sino del ánimo de permanencia, al punto que es el espacio físico el objeto material del comportamiento.

Por ello, considera que el fallador le dio un sentido a la norma, que no tiene.

Cuarto cargo: violación indirecta

Con fundamento en el numeral 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2003, denuncia la violación indirecta de la ley sustancial por falso juicio de identidad, en relación con el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.

Argumenta en torno a dicha censura, que el acusado hizo invitaciones a fiestas celebradas en su casa, pero no hay evidencia de que haya solicitado la realización de actos sexuales con menores de edad.

Insiste el demandante que se echa de menos la presencia de un perito que certifique que el material incautado es pornográfico y que las personas que aparecen en las fotografías son menores de edad, aspectos que no podían ser supuestos por el juzgador.

Asegura que fue tergiversada la declaración de M.J.M.R., quien en su declaración «no habló

de varias fotografías sino de dos (2) fotografías que fueron tomadas, según su dicho, en el año 2007».

También, afirma, se dio plena credibilidad a Yeimi Alexandra Granada Pescador, cuando dijo que a M.J.M.R. solo la encontró en una ocasión «cuando fueron a un motel y tuvo relaciones sexuales», siendo mutilada esa afirmación porque si aquella testigo «sostuvo una larga relación con LISÍMACO desde el año 2005, cómo explicar que según la versión de M.J.M.R. ella no salía de la residencia de éste alienada por la cantidad habitual y sucesiva de fiestas que allí se producían».

Igualmente, aduce que los falladores interpretaron erróneamente el testimonio de Lourdes Andrea Florez Marín, cuando se indicó que la relación de ésta con el acusado inició cuando tenía 16 años de edad y convivió con él durante cuatro años, por lo que entonces lo hizo hasta los 20 y no hasta los 18, como se indicó en el referido en el fallo, por lo que no debió aplicarse el aumento punitivo de la Ley 1236 de 2008.

En relación con la testigo Magdalena Johana Montero Giraldo, igual expresa que su testimonio tuvo una errónea interpretación, porque ella adujo que la relación con el acusado inició en 1998 y duró 4 años, es decir hasta el 2002, por lo que no le pueden aplicar normas del 2008 y 2009.

Lo mismo acontece con la testigo Luz Karime Londoño Gómez, agrega, porque el Tribunal adujo que ella fue abusada sexualmente en el 2008, cuando lo cierto es que tenía 14 años en el 2006, año en el que asistía a las fiestas de contenido sexual que organizaba el acusado.

De la misma manera, señala, el Tribunal interpretó mal las fechas relacionadas con los hechos respecto de Katherine Juliana Cruz, pues de acuerdo con su nacimiento ocurrido en 1988, para 2005 tenía más de 18 años.

Reitera el demandante que era necesaria una prueba técnica para establecer la edad de las mujeres que aparecen en las fotografías, además para dictaminar sobre la fecha en que estas fueron registradas, lo que incidió en las penas que fueron impuestas.

Critica, además, que el ad quem haya sustentado su fallo con base en una decisión de esta Sala (CSJ SP, 7 sep. 2011, rad. 32554), no obstante que se trataba de temas diversos relacionados con la percepción del juez sobre la edad posible de las mujeres que aparecen fotografiadas.

Concluye censurando que el Tribunal no dio credibilidad a la declaración de Katherine Juliana Cruz, cuando ésta afirmó que el acusado no participó de las «fiestas», porque le suministraban una sustancia que lo hacía dormir.

Quinto cargo: violación directa

Frente al mismo delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, plantea una violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea, puesto que, en su sentir, los jueces le dieron un sentido equivocado al contenido típico del artículo 217A del Código Penal.

Arguye, como fundamentación de la censura, que si bien las niñas mayores de 14 años participaron de aquellas reuniones en las que «se presentaron actos sexuales de diversa índole y a cambio recibían algunos obsequios, más lo que consumían en las fiestas», estaban en capacidad de disponer de sus cuerpos, además, los regalos que recibían no representaban un aspecto importante en la configuración del tipo penal, pues disponían de autonomía en material sexual.

Con ese propósito emprende una comparación con el delito de Explotación sexual comercial infantil (sic) y de textos extraídos de la enciclopedia Wikipedia, resaltando que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional se establecieron tipos penales y altas penas

para sancionar a quienes violenten los derechos sexuales y reproductivos de los menores de 14 años.

Con ello concluye que se violaron los artículos 4, 5, 14, 16, 44 y 45 de la [Constitución Política](#) y 9 y 10 del Código Penal.

Sexto cargo: violación directa

Igualmente, por la vía de la violación directa en la modalidad de interpretación errónea, el demandante censura que los juzgadores no hayan hecho referencia al ingrediente normativo del tipo penal de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.

Sustenta que el comportamiento del acusado no tuvo la connotación de «explotación comercial» que exige el tipo penal, por lo que deviene en atípico.

Enfatiza que la conducta descrita en la norma penal hace alusión a la realización de acciones promovidas por organizaciones o grupos transnacionales dedicados a la explotación sexual, cuyos fines comerciales deben estar comprobados, lo cual no ocurre en este caso, puesto que no obstante su condición de comerciante, el acusado no lo era frente a esta clase de conductas.

Además, precisa, según lo demostrado, el procesado «nunca les exigió dinero a las víctimas para realizar cualquier acción con las mismas, por el contrario, según se dice, él tenía detalles como ropa o perfumes para con ellas, les daba para el taxi, las invitaba a comer y a paseos fuera de la ciudad, entonces cómo predicar tal explotación de carácter económica».

Por último, refiere que el acusado no comercializaba a las niñas para que terceras personas las accedieran carnalmente, pues siempre estuvieron sólo con él.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Debe recordarse que con la Ley 906 de 2004, se ha buscado resaltar la naturaleza de la casación en cuanto medio de control constitucional y legal habilitado de manera general contra todas las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales, con el cometido de obtener la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías de los intervinientes, la reparación de los agravios que le fueran inferidos o la unificación de la jurisprudencia, en seguimiento de lo consagrado por el artículo 180 ibídem.

Precisamente, en aras de materializar el cumplimiento de tan específicos intereses, la Ley 906 de 2004 dotó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de una serie de facultades especiales, como aquella consagrada en el artículo 184, referida a la potestad de «superar los defectos de la demanda para decidir de fondo» en las condiciones indicadas en él, esto es, atendiendo a los fines de la casación, fundamentación de los mismos, posición del censor dentro del proceso e índole de la controversia planteada.

Es necesario, sin embargo, inadmitir la demanda si, como postula el inciso segundo de aquél precepto, el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación o cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso.

Atendidos estos criterios, ha señalado la Corte que el libelo impugnatorio no puede ser un escrito de libre elaboración y que al menos debe cumplir con unas mínimas condiciones de admisibilidad, tales como: i) la acreditación del agravio a los derechos o garantías, producido con ocasión de la sentencia; ii) el señalamiento de la causal de casación elegida, con sujeción a los parámetros lógicos, argumentales y de postulación propios del motivo casacional postulado; y, iii) la determinación de la necesidad del fallo de casación para alcanzar alguna de las finalidades señaladas para el recurso en el ya citado artículo 180 de la Ley 906 de 2004.

Con estas precisiones, a continuación se abordará, en su orden, el estudio de las censuras:

Primer cargo: violación directa

Se acusa la sentencia de segunda instancia de violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del tipo penal de Pornografía con personas menores de 18 años.

El yerro se habría concretado, según los términos de la demanda, cuando el Tribunal no hizo acopio del desarrollo que sobre el tema de la pornografía han brindado otras disciplinas como la sociología y la historia, pues de esa manera tendría que aceptarse que las fotografías incautadas al acusado no necesariamente tienen un contenido amoral, pues bien pueden ser una expresión artística, literaria o científica, propia de una particular cultura o modo de vida.

Tratándose de la violación directa de la ley sustancial, la labor de demostración del vicio debe centrarse en la acreditación de un yerro de juicio respecto del precepto que se ocupa de regular el supuesto fáctico, evidenciando que, demostrada una situación concreta a la que corresponde una específica institución normativa, el juzgador seleccionó una norma que no era la llamada a gobernar el asunto (aplicación indebida), omitió otra que sí resolvía los extremos de la relación jurídico procesal (falta de aplicación o exclusión evidente) o, habiéndola seleccionado correctamente, al aplicarla al caso le atribuyó un sentido jurídico que no tiene o le extendió consecuencias contrarias a su naturaleza jurídica (interpretación errónea)².

Sin embargo, ninguna justificación ofrece el demandante en torno al supuesto yerro denunciado, elucubrando con total desconocimiento del tipo penal sobre aspectos relacionados con el tema de la pornografía, transcribiendo para el efecto extensos texto extraídos sin cita alguna de páginas de internet, para aducir que las escenas fijadas en las fotografías que le fueron incautadas al acusado no necesariamente consignan una representación pornográfica y, más bien, pueden ser indicativas de una inclinación artística,

lo que en realidad en nada contribuye a la presentación y fundamentación de un cargo que quiere hacer consistir en que el Tribunal se equivocó al dar una errónea interpretación al artículo 218 del Código Penal.

Advierte la Sala que el cargo carece de sustentación alguna. Sin embargo, en torno a los argumentos del demandante, es preciso acotar que no es cierto que la Sala no haya precisado los contornos definitorios del aspecto normativo del tipo penal en cuestión.

Al respecto, recientemente se precisó en relación con dicho tópico, lo siguiente:

[l]a Corte precisa que el ingrediente normativo representaciones reales de actividad sexual, del artículo 218 del Código Penal debe: i) entenderse como asimilado al concepto de pornografía; ii) la cual corresponde a imágenes o representaciones de conductas sexuales explícitas; y iii) dirigidas a provocar excitación sexual.

Así mismo, debe precisar que en cuanto la norma alude a representaciones reales, exige que las imágenes o las figuras contenidas en el material, deben ser de personas verdaderas. Dicho de otro modo, imágenes reales de personas menores de 18 años. Lo anterior, por cuanto el sujeto pasivo amparado por dicha norma es, precisamente, toda persona menor de 18 años que, con perjuicio de sus derechos, sea utilizada en la elaboración, por cualquier medio, de registros pornográficos.

...

Por consiguiente, el ingrediente normativo de las representaciones reales de actividad sexual con personas menores de 18 años, alude a la iconografía en la que participan seres humanos con edad inferior a la señalada, desarrollando conductas sexuales explícitas tendentes a producir excitación sexual.³

De esa manera, resulta además insustancial la discusión que pretende plantear el

recurrente en relación con la calidad pornográfica de las fotografías que le fueron incautadas al acusado, pues la característica de cada una de las cientos de imágenes introducidas como evidencias en el juicio, es que todas participan del común denominador de su explicitud erótica.

En este sentido, en el citado fallo, la posición mayoritaria de la Sala, acogió en punto de la definición del concepto de explicitud sexual, que:

[a]l interior del Consejo de Europa, acorde con el Convenio Sobre Ciberdelincuencia⁴ y el Informe Explicativo, aprobados por el Comité de Ministros el 8 de noviembre de 2001, se considera que “abarca por lo menos las siguientes alternativas, tanto en forma real como simulada: a) las relaciones sexuales, ya sea en forma genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal, entre menores, o entre un adulto y un menor, del mismo sexo o del sexo opuesto; b) la bestialidad; c) la masturbación; d) los abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual, o e) las exhibición lasciva de los genitales de un menor. Es indiferente el hecho de que la conducta descrita sea real o simulada.”⁵⁶

En efecto, sobre la base de dicho concepto, es de advertir que en este caso se trata de registros fotográficos de mujeres desnudas, enfatizándose en sus zonas anatómicas íntimas y en poses que revelan su contenido erótico y la intención de provocar excitación sexual, muchas de ellas en clara alusión a tocamiento de los genitales y a situaciones lésbicas realizadas entre las niñas, en condiciones que, además, revelan degradación de la dignidad de las intervinientes en dichas escenas.

En consecuencia, no es verdad que los juzgadores requirieran de información transmitida por conocedores de otras disciplinas sociales, para definir objetivamente la condición de pornográficas de aquellas fotografías, cuyo contenido explícito y la revelada finalidad de provocar excitación sexual, no dejan la menor duda en ese sentido, independiente ello de la ideología del acusado o de sus inclinaciones estéticas, puesto que bajo ningún patrón o

«modo de vida» podría ser admisible que se trataba de expresiones artísticas aquellas imágenes producidas, según se dio por demostrado por las instancias, en un contexto en el que las niñas eran reclutadas para satisfacción sexual del acusado, quien, aparte de fotografiarlas en posiciones reales de actividad sexual, las embriagaba y practicaba con ellas diversas acciones de contenido lascivo.

El cargo, por lo tanto, no será admitido.

Segundo cargo: violación indirecta

El demandante plantea la violación indirecta de la ley sustancial, derivada de error de hecho por falso raciocinio, en relación con el mismo delito de Pornografía con personas menores de 18 años.

El falso raciocinio como error de hecho, tiene dicho la Sala, se presenta cuando a una prueba que existe legalmente y es valorada en su integridad, el juzgador le asigna un mérito o fuerza de convicción con transgresión de los postulados de la sana crítica, es decir, de las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia.

En el plano de la postulación, al demandante le corresponde la carga de indicar el medio de conocimiento sobre el cual recae el yerro, estableciendo su contenido objetivo y el mérito demostrativo asignado por el Tribunal en el fallo atacado, además de relacionar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o las leyes de la ciencia desconocidas por el fallador en la apreciación probatoria y la correcta aplicación de las mismas en el asunto en concreto, definiendo su trascendencia de cara a la decisión censurada por arbitraria, de tal manera que la inexistencia del error habría determinado la emisión de un fallo sustancialmente opuesto⁷.

En el presente caso, el demandante aduce que el yerro se concreta cuando el Tribunal adujo que a simple vista se podía establecer que las mujeres que aparecen en las fotografías

incautadas eran menores de edad, sin que se acreditara su edad a través de un medio pericial.

Sin embargo, según puede apreciar la Sala, el recurrente acude a una percepción sesgada de la fundamentación judicial para pretender con ello desvirtuar el contenido de las conclusiones sobre el tópico de la minoría de edad de las víctimas.

En verdad, más allá de la expresión realizada en el fallo de segunda instancia en el sentido de que a simple vista las mujeres que aparecen en las fotografías eran, para ese momento, menores de edad, según las reglas de la experiencia, dicha conclusión no resultaba más que una mera ratificación de las declaraciones de las niñas, ya adultas para el momento de su presencia en el juicio, en las que se reconocieron entre las mujeres que aparecían fotografiadas en escenas de indudable contenido pornográfico cuando eran menores de 18 años.

Según se puede constatar, en el fallo recurrido se hizo precisa alusión al hecho de que M.J.M.R. señaló que aparece en varias de las fotografías cuando contaba con 13 y 15 años de edad y que en los registros fotográficos también aparecían otras menores, entre ellas la misma compañera sentimental del acusado.

Así mismo, se verificó que otras mujeres, menores de 18 años para el momento de los hechos, también se reconocieron en las fotografías introducidas como evidencias en la actuación procesal. Entre ellas, Y.A.G.P., quien, según narró, contaba con 14 años cuando acudía al apartamento del procesado, donde en compañía de las otras niñas se dedicaba a consumir licor y a la práctica de diversas actividades sexuales, entre ellas la toma de fotografías que, tras revelarlas, el acusado guardaba en su cuarto para su disfrute personal y que con frecuencia exhibía a sus visitantes.

En el mismo sentido, se subrayó en el fallo el testimonio de L.A.F.M., quien, según testificó, hizo vida sentimental con el acusado y se reconoce en fotografías cuando tenía 16 y 17

años de edad. Sucediendo lo propio con Luz Karime Londoño Gómez y Katherine Juliana Cruz.

Lo anterior para significar que cuando el Tribunal aludió a que la minoría de edad de las niñas involucradas en las fotografías era perceptible a simple vista, no fundó en esa inferencia el reproche penal en relación con el delito Pornografía con personas menores de 18 años. Las mismas mujeres involucradas en las fotografías, narraron en juicio los pormenores de los acontecimientos, las condiciones en que fueron tomadas las fotografías y se reconocieron en ellas, dando cuenta de su minoría de edad para el momento en que acaecieron los hechos.

Así las cosas, por notable falta de trascendencia de la censura, el cargo no será admitido.

Tercer cargo: violación indirecta

Acudiendo a la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea, el recurrente demanda la decisión de condena en relación con el delito de Estímulo a la prostitución de menores.

Contrae su crítica a considerar que los verbos rectores que gobiernan como acción el artículo 217 del Código Penal -destinar, arrendar, mantener, administrar o financiar lugares para la ocurrencia de actos sexuales con menores de 18 años- exigen ánimo de permanencia en el sentido de destinar establecimientos para ese propósito, cometido que no es posible alcanzar en una residencia, como era la empleada por el procesado, sin que importe para esos efectos el número de eventos en que esa actuación haya sido desplegada.

Al respecto, debe decirse que lejos de proponer la presencia de un yerro en la decisión del Tribunal, el demandante pretende llevar a cabo su muy personal lectura del tipo penal contenido en el artículo 217 del Código Penal, introduciendo una interpretación que en

modo alguno se desprende de la descripción de la conducta alternativa allí prevista.

En realidad, el tipo penal no exige que la conducta relativa a la «práctica de actos sexuales en que participen menores de edad», sea ejecutada con permanencia en un determinado espacio locativo y mucho menos que el mismo tenga la connotación de establecimiento comercial, como parece entenderlo el demandante.

Finalmente, lo relevante es que frente al bien jurídico que es objeto de tutela, relacionado con la libertad, integridad y formación sexuales, el legislador pretende sancionar comportamientos afines con la explotación sexual y en este caso el tipo penal constituye una respuesta al empleo de lugares que de manera definida sean destinados para tal cometido.

En este caso, de manera copiosa, la prueba recibida dio cuenta que el lugar en el que el acusado habitaba, también era el que empleaba de manera continua para la celebración de las denominadas «fiestas», en las que niñas eran objeto de prácticas que perseguían, como propósito final, su satisfacción sexual, a cambio de lo cual las menores recibían toda suerte de obsequios, en dinero y en especie, como contraprestación a las distintas acciones lujuriosas que realizaban.

Fue ese el entendido que el Tribunal dio a los hechos realizados por el acusado:

[c]onsidera esta Colegiatura que abunda material probatorio para concluir la responsabilidad de LISÍMACO GIRALDO GALLEGO en este delito, pues incluso con los testimonios de la defensa se constató su materialización y es que no se puede desconocer, ni dejar de lado, que todas y cada una de las mujeres que brindaron su declaración en el transcurso del juicio que se vieron involucrados en los hechos hoy conocidos por esta Corporación, como TEIMY ALEXANDRA GRANADA PESCADOR, M.J.M.R., LOURDES ANDREA FLÓREZ MARÍN, LUZ KARIME LONDOÑO GÓMEZ, KATHERINE JULIANA CRUZ y la misma OLGA CAROLINA MORENO SALDARRIAGA, manifestaron que tenían encuentros reiterados en el

apartamento del acusado, ubicado en el barrio Laureles de esta ciudad, edificio Panorama, apartamento 601, al que acudían a hacer fiestas en las que luego de beber alcohol, tenían encuentros sexuales en su mayoría homosexuales porque dichas actividades estimulaban sexualmente a LISÍMACO GIRALDO GALLEGO.

Bajo este entendido, resulta inconsistente con la descripción típica, la propuesta del recurrente en el sentido de que el mantenimiento de las actividades sexuales en las que eran empleadas las menores de edad, tuvieran que ser ejecutadas en lugares que comercialmente estuvieran destinados a esos fines.

La manera como el acusado desplegaba aquellas actividades, según los hechos admitidos como probados, deja en claro que con prescindencia de la locación empleada para los fines de contenido sexual que perseguía, existía un auténtico estímulo a la prostitución de aquellas niñas, quienes recibían recompensas económicas por su participación en las distintas actividades promovidas de manera recurrente en el citado apartamento, el cual, a su vez, era el lugar de residencia de GIRALDO GALLEGO.

Bajo ese entendido, no se advierte en la sustentación del cargo, la precisión por parte del demandante de un alcance errado en la interpretación del tipo por parte del ad quem, en tanto termina proponiendo en su argumentación elementos descriptivos ajenos al tipo penal.

En consecuencia, el cargo no se admitirá.

Cuarto cargo: violación indirecta

En relación con el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, el demandante plantea la presencia de una violación indirecta de la ley por falso juicio de identidad.

Los yerros, según argumenta, se concretan sobre los testimonios de M.J.M.R., Yeimi Alexandra Granada Pescador, Lourdes Andrea Flórez Marín, Magdalena Johana Montero Giraldo, Luz Karime Londoño Gómez y Katherine Juliana Cruz.

Sin embargo, el reproche no tiene fundamento, pues no puede el demandante hacer sesgos o glosas fuera del contexto en torno al contenido de los testimonios aludidos, para sostener a su manera que los declarantes narraron circunstancias diferentes a las asumidas por el juzgador, pues de esa manera no se evidencia que le hizo decir a la prueba algo que no expresaba materialmente o que desfiguró su contenido, alterando su literalidad.

Según puede constatarse, el Tribunal refirió la existencia de dos fotografías de M.J.M.R., pero además en punto de la estructuración de la conducta punible acotó frente a dicha víctima que:

Sobre la época en que M.J.M.R. frecuentaba al acusado, también se cuenta con el testimonio de su madre que adujo haber invitado al procesado a la fiesta de 15 años de su hija, lo que nos permite inferir que es cierto lo dicho por M.J.M.R. cuando señaló que para esa época, 2010, sostenía relaciones sexuales con LISÍMACO GIRALDO GALLEGO por las contraprestaciones que éste le ofrecía, fecha para la cual ya estaba en vigencia el delito en cuestión.

En esos términos, queda dilucidada la controversia que quiere plantear el demandante en rededor de la fecha de ocurrencia de los hechos y de la edad que tenían las niñas que participaron de aquella oferta sexual que auspiciaba el acusado, quedando en claro que para el 23 de julio de 2008, día en que entró en vigencia la Ley 1236 de ese año, por lo menos M.J.M.R. tenía una edad inferior a los 18 años y de manera persistente recibía la demanda de contenido sexual de parte del procesado.

En este mismo sentido, carece de fundamento la crítica sobre la posible tergiversación del testimonio de Yeimi Alexandra Granada Pescador, referido a la actuación del acusado frente

a la menor M.J.M.R. -ambas menores de edad para aquella época-, pues se advierte que los juzgadores subrayaron que esta ingresó a los 12 ó 13 años como empleada doméstica de la casa del acusado, para pronto quedar involucrada en aquellas actividades sexuales promovidas para satisfacción de éste, recibiendo entre 50 y 70 mil pesos por sostener relaciones sexuales con él.

Así, además, se precisó en el fallo de primera instancia:

La versión anterior, encuentra eco total y respaldo en lo narrado por Jeimy Alejandra Granada, quien si bien es categórica en decir que no se le dio estupefacientes en las oportunidades que visitó a Lisímaco, sí participó en las denominadas fiestas, donde se embriagó, se desnudó, posó para toma de fotografías, realizó prácticas eróticas sexuales con él y otras menores que allí concurrían, siendo precisa en afirmar que en todo ello participaba e intervenía Lisímaco Giraldo Gallego, llegando incluso a reconocer y señalar las imágenes donde ello aparece, en el reconocimiento que de dicho material se realizó al momento de rendir su testimonio en este asunto, es más, afirmó esta deponente que en una ocasión se fue con LISÍMACO y M.J.M.R. para un motel, y mientras ellos dos tenían relaciones sexuales ella les ponía cuidado desde el jacuzzi.

Por lo demás, sin trascendencia, frente a ese hecho acreditado, se ofrece la crítica al testimonio de Lourdes Andrea Flórez Marín, quien además, según lo precisó el fallador, era compañera sentimental del acusado, dando cuenta de las diversas actividades que se desarrollaban a iniciativa de aquel, las que incluían la ingesta de licor y estupefacientes, la toma de fotografías cuando hacía vestir a las niñas con ropas sugestivas que guardaba en su casa y, finalmente, la ejecución con ellas de distintas conductas de contenido sexual.

Por su parte, el juzgador de primer grado restó credibilidad a los testimonios de Magdalena Johana Montero Giraldo, Luz Karime Londoño Gómez y Katherine Juliana Cruz, presentados por la defensa, sobre las cuales el recurrente quiere cuestionar además de la fecha en que

tuvieron ocurrencias los actos de demanda de acceso carnal o actos sexuales, la real participación del procesado en los hechos.

El motivo de incredulidad sobre dichos testigos se encuentra suficientemente sustentado, puesto que para los juzgadores resultaba inaudito que siendo el procesado quien promovía las referidas «fiestas» en su casa, terminara presa del sueño porque las niñas les suministraban alguna droga para desatar las orgías sin el concurso de quien finalmente les pagaba por aquellas actuaciones.

Por lo tanto, en dicho criterio, dejado sentado por los falladores, no se advierte cómo pudo ser distorsionado el contenido fáctico de las pruebas testimoniales, trasladando su censura el demandante al ámbito de la credibilidad, por completo ajeno a la vía de ataque seleccionada.

Con lo anterior, este cargo no tiene la aptitud para su estudio de fondo por parte de la Sala.

Quinto cargo: violación directa

El recurrente plantea la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea, puesto que, en su sentir, los jueces le dieron un sentido equivocado al contenido típico del artículo 217A del Código Penal.

Hace consistir el reproche en la consideración atinente a que en el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, no pueden ser objeto de sanción penal las niñas mayores de 14 años, puesto que, según lo asegura, son personas que disponen autonomía en material sexual, sin que para tales efectos tenga relevancia que a cambio hayan recibido pagos en dinero o en especie.

Sólo puede entenderse la presentación del cargo, a partir del total desconocimiento que

demuestra el demandante en relación con la más básica dogmática del delito en cuestión.

Así, en la formulación del reproche se ignora por completo que es un elemento estructural del tipo penal del artículo 217A del Código Penal, adicionado por el artículo 3º de la Ley 1329 de 2009, que la solicitud o demanda para realizar acceso carnal o actos sexuales, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, es una conducta que recae sobre personas menores de 18 años de edad.

Por lo tanto, la mera enunciación del comportamiento descrito en el tipo penal, deja en evidencia el equívoco en la formulación de la censura, pues mal podría aducirse que el juez incurrió en una errónea interpretación del predicado normativo cuando de manera consonante tipificó el comportamiento del acusado en razón de la ejecución de aquellas conductas en niñas que, para el momento de los hechos, no sobrepasaban los 18 años de edad.

La discusión, en consecuencia, se torna insustancial, debiéndose agregar, sin embargo, en función de las críticas elevadas en la demanda, que el contenido del tipo penal en cuestión es diferente a las previsiones que en materia de bienes jurídicos protegidos se introducen en otras normas, referidas, entre otros, a los delitos de actos sexuales o acceso carnal abusivos con menores de catorce años, edad sobre la que el legislador estimó necesario materializar la protección del artículo 44 de la Constitución Política, por tratarse de menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente.

Mientras, tratándose del delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, el legislador configuró la norma de prohibición en consonancia con criterios atinentes a la necesidad de prevenir conductas relacionadas con la llamada explotación sexual comercial de adolescentes -ESCA-, cometido que se inscribe en los propósitos de una política criminal de protección a ese grupo poblacional de minoría de edad, acorde a principios de orden internacional.

Así, se ha estipulado por la Organización Internacional del Trabajo:

Cualquier estrategia de prevención integral de la ESC debe partir del hecho de que la frontera de los 18 años para definir la mayoría de edad es una convención, un acuerdo internacional que busca proteger a un grupo de personas consideradas como población especialmente vulnerable frente a situaciones como la explotación sexual.⁸

Ahora, también se debe decir, de concretarse alguna de esos comportamientos relacionados con los actos o acceso carnal abusivos con menores de catorce años, nada impide la posibilidad de su concurso de conductas punibles con el delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años. Sobre dicho aspecto, recuérdese que el juez de primera instancia ordenó compulsar copias para la investigación de conductas concurrentes de esa especie.

Por lo anterior, el cargo no será admitido.

Sexto cargo: violación directa

Finalmente, aduciendo la violación directa de la ley sustancial en la modalidad de interpretación errónea, el demandante alega que la conducta del acusado es atípica por encontrarse ausente el componente de «explotación comercial», que es propio del delito de Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años.

La fundamentación del cargo, como puede advertirse, incurre nuevamente en una apreciación equivocada de la estructura del tipo penal, pues no es verdad que sólo puede realizarse en contexto de organizaciones transnacionales dedicadas a esa actividad comercial.

Sobre este aspecto, la Sala ha tenido oportunidad de acotar lo siguiente frente a la conceptualización que de esta infracción aparece en la legislación con la cual fue

incorporada:

En el libelo examinado en punto de su admisión se observa, que el recurrente orienta su labor a exponer, sin más, su particular interpretación del delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho (18) años, exigiendo elementos ajenos a su tipicidad, tales como el lucro económico para su autor, o el concurso de “terceras personas” o el recibimiento de un pago o promesa remuneratoria para que la víctima tuviera relaciones sexuales con otros individuos, o la presencia de una organización criminal.

Es pertinente señalar que el casacionista no se detiene a ocuparse de la exposición de motivos del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 1329 de 2009, dado que fue en tal legislación que se creó el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho (18) años, por la necesidad de hacer frente a las nuevas dinámicas de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (ESCNNA).

En efecto, allí se expuso que en el marco de la prostitución infantil es necesario sancionar a los clientes, pues 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 menores de edad [...]”.

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”. Este artículo no condena a quienes exploten sexualmente a personas menores de edad por otros medios, por ejemplo, ‘clientes’” (subrayas fuera de texto).

Entonces, se precisa en dicha exposición que el proyecto “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 (subrayas fuera de texto).

Y se puntualiza con claridad que “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” (subrayas fuera de texto).

A partir de lo anterior puede concluirse que el delito contenido en el artículo 217 A del Código Penal, introducido a través del artículo 3.º de la Ley 1329 de 2009, corresponde a un tipo penal con sujeto activo indeterminado y sujeto pasivo determinado en cuanto tiene que ser menor de 18 años, precisando de los verbos rectores de solicitar o demandar el acceso carnal u actos sexuales, a cambio de pago o promesa de pago en dinero, especie u otra retribución.

Adicionalmente se tiene, que al disponer el legislador que se “incurrirá por este sólo hecho” en la respectiva sanción, deja expresamente abierta la posibilidad de que tal conducta concurse con otras, pues basta para su consumación con la demanda o solicitud del cliente orientada a los señalados fines sexuales mediando un beneficio económico para la víctima. Desde luego, si en dicho marco se cometen otras conductas, por ejemplo, acceder sexualmente a un menor de catorce (14) años, aquél punible concursará con el de acceso carnal abusivo.

El delito analizado es sustancialmente distinto del proxenetismo o del proxenetismo con menor de edad, pues tal como se dijo en la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009, no se sanciona la inducción a la prostitución de mayores o menores, sino el proceder de los clientes al deprecar servicios sexuales, en este caso de menores de 18 años, a cambio de

una remuneración dineraria o en especie para la víctima, quien sin duda alguna está soportando la explotación comercial de su cuerpo al ser tratado como mercancía.⁹

En consecuencia, la descripción típica de aquel delito no demanda para su configuración la existencia de una red dedicada a la prostitución infantil en la cual surja la promesa retributiva, siendo suficiente la «solicitud o demanda» de servicios sexuales, mientras que la expresión normativa «comercial», no se traduce en la exigencia de organizaciones mercantiles constituidas para esos fines.

En este sentido, así lo ha acotado la Sala:

Esta postura es insostenible desde cualquier perspectiva lógica. La expresión “comercial”, así sea entendida como un ingrediente normativo del tipo, no está solo circunscrita a las actividades de los conglomerados mercantiles, sino también a actos particulares, propios de la vida cotidiana. Para que una acción sea considerada de comercio no es indispensable que medie alguna empresa u estructura organizada. Un negocio jurídico celebrado entre dos particulares puede ser catalogado perfectamente como “comercial”. En este sentido, contratar la obtención de favores sexuales a cambio de dinero es un acto de comercio, regulado por las leyes mercantiles. Pero cuando ese acuerdo involucra la participación de un menor de edad, su objeto no solamente es ilícito, sino está contemplado como conducta punible de acuerdo con el artículo 217-A de la Ley 599 de 2000.¹⁰

Así las cosas, se pone de manifiesto la sinrazón en la crítica ensayada por el acusado frente a la estructuración típica de la conducta realizada por el acusado, cuando pretende conducirla a la existencia de estructuras organizadas como empresas dedicada a la explotación sexual infantil.

En tales condiciones, el cargo será rechazado.

DECISIÓN

De conformidad con lo consignado en precedencia, la Sala inadmitirá la demanda de casación presentada por el defensor de LISÍMACO GIRALDO GALLEGO, no sin antes advertir que revisada la actuación en lo pertinente, no se observó que con ocasión de la sentencia impugnada o dentro de la actuación, hubiese existido violación de derechos o garantías del acusado, como para superar los defectos y decidir de fondo, según el imperativo del inciso 3° del artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

Cabe advertir, para finalizar, que contra la presente decisión procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004 y con las reglas que ha definido la Sala¹¹.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal,

R E S U E L V E

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor del acusado LISÍMACO GIRALDO GALLEGO, en seguimiento de las motivaciones plasmadas en el cuerpo de este proveído.
2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Entre otros, CSJ AP, 13 de junio de 2007, Rad. 27.537; AP, 25 de julio de 2007, Rad. 27.810.

2 CSJ SP, 9 mar. 2011, rad. 34316; 11 abr. 2007, rad. 23667; 6 jun. 2007, rad. 18515; 26 abr. 2007, rad. 26928

3 CSJ SP-123-2018, 7 feb. 2018, rad. 45868, con salvamento de voto.

4 En el Congreso de la República cursa el Proyecto de Ley 58 de 2017 por medio del cual se aprueba el Convenio sobre Ciberdelincuencia, aprobado el 23 de noviembre de 2001, en Budapest. En la exposición de motivos, se consigna lo siguiente: “En la actualidad, el Convenio de Budapest ha sido firmado por 45 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. De ese grupo, 35 lo han ratificado. Estados no miembros del Consejo de Europa, como Australia, Estados Unidos, Japón, la Isla Mauricio, República Dominicana y Panamá, son Estados Parte del Convenio. Además, más de 24 países han sido invitados a adherirse al Convenio, por lo que en el momento se encuentran adelantando el proceso de ratificación interna en este sentido.

Por su parte, el 11 de septiembre de 2013, Colombia fue invitada por el Consejo de Europa a adherirse al Convenio de Budapest, gracias a las gestiones del Gobierno Nacional encaminadas a contar con instrumentos jurídicos y de cooperación internacional para enfrentar de forma efectiva el delito cibernético. El término establecido para formalizar la adhesión es de 5 años por lo que solo hasta el año 2018 Colombia tiene la posibilidad de aceptar dicha invitación.” Negrilla fuera del texto.

5 Punto 100 del Informe Explicativo

6 Este catálogo reúne las formas de pornografía blanda y dura. La segunda refiere las formas más extremas de la pornografía, debiéndose incluir en ella la infantil; de manera que para los efectos de esta decisión carece de relevancia la distinción entre esas dos categorías.

7 CSJ AP2836-2014, 28 may. 2014, Rad. 41685

8 ROBERTO MONCADA ROA, MARITZA DÍAZ BARÓN,
PEDRO ANDRÉS GONZÁLEZ MALAVER y FERNANDO
ENRIQUE PIESCHACÓN APONTE, Un estudio cualitativo sobre la
demanda en la explotación sexual comercial de adolescentes. El caso de Colombia.
Bogotá: OIT/IPEC, 2007, p. 221

9 CSJ AP, 04 jun. 2013, rad. 40867

10 CSJ AP 4868-2016, 27 jul. 2016, rad. 48195

11 Cfr., CSJ AP, 12 dic. 2005, rad. 24.322; CSJ AP, 5 sep. 2012, rad. 36578; CSJ AP, 27 feb. 2013, rad. 37948, entre otros.