

HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado Ponente

Radicación No.49546

Acta No. 136

Bogotá, D.C., dos (02) de junio dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación presentado y sustentado por la defensa técnica de ORLANDO MURILLO GÓMEZ, FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ, WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES, NATALIA SUÁREZ VARGAS, LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA y ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO, contra la sentencia de 30 de noviembre de 2016, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Adicionalmente, se pronuncia la Sala en relación con la legalidad de la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia, en garantía del derecho a la doble conformidad de los procesados mencionados en precedencia, así como también, del ciudadano DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS.

II. HECHOS

Tienen ocurrencia entre los meses de abril y noviembre de 2009 en el municipio de Bello (Antioquia) y la ciudad de Medellín, donde se logra evidenciar la existencia de una red dedicada a la prostitución de menores de 18 años, en la que fueron detectados explotadores

o proxenetas, demandantes de servicios sexuales con menores de edad, así como también, niñas y adolescentes que se prestaban como objeto del comercio sexual.

Entre los primeros se logró identificar a HELDA MARÍA COLORADO NOREÑA, MARÍA CARLINA MÚNERA MÚNERA, MARÍA DONELIA MUÑOZ BUSTAMANTE y LUZ JENNY TABARES, entre otras, quienes contactaban a las adolescentes a fin de que prestaran servicios sexuales a terceros, para lo cual utilizaban las residencias de las primeras, que funcionaban como burdel. Luego de capturadas, aceptaron los cargos sometiéndose a la terminación anticipada del proceso.

Por su parte, los aquí procesados DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS, ORLANDO MURILLO GÓMEZ, FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ, WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES, LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA y ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO, eran usuarios de los servicios sexuales ofrecidos con menores, quienes vía telefónica se comunicaban con las intermediarias o proxenetas a fin de obtener y/o solicitar el contacto o actividad sexual ilícitos.

Y finalmente, NATALIA SUÁREZ VARGAS, quien con el ánimo de obtener provecho económico, sirvió de intermediaria entre demandantes de servicios sexuales con menores y terceras personas que tenían contacto directo con las adolescentes, organizando y facilitando, los encuentros entre adultos y mujeres jóvenes menores de edad.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. El 23 de febrero de 2010, ante el Juzgado 12 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, la fiscalía general de la Nación formuló imputación en contra de WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES, entre otros, como presunto autor del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores de 18 años, en concurso homogéneo sucesivo. Igual cargo que la representante del ente acusador imputó en audiencia adelantada el 26 de febrero siguiente ante el Juzgado 25

de esa misma especialidad y ciudad, a ORLANDO MURILLO GÓMEZ, NATALIA SUÁREZ VARGAS, DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS, LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA, ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO, y FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ.

2. Radicado escrito de acusación, el 30 de abril de 2010 se adelantó ante el Juzgado 15 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, audiencia de formulación de acusación, en la que la Fiscalía elevó pliego de cargos en contra de los ya mencionados, por igual tipo penal atribuido en audiencia preliminar. Eliminó la representante del ente acusador el concurso homogéneo inicialmente imputado, por considerar que el mismo no se configuraba, atendiendo la descripción típica del artículo 219A del Código Penal.

3. Declarada la ruptura de la unidad procesal como consecuencia de la aceptación de cargos por parte de algunos de los implicados, la actuación fue sometida nuevamente a reparto, correspondiendo el conocimiento de la continuación de la etapa de juicio al Juzgado 12 Penal del Circuito de Conocimiento de la misma ciudad.

4. Adelantado el juicio oral, el 30 de enero de 2014 se emitió el fallo correspondiente, a través del cual se absolvió a los acusados ya mencionados, de la conducta punible de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años.

5. Interpuesto recurso de apelación por parte de la Fiscalía, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante providencia de 30 de agosto de 2016, revocó la sentencia impugnada y en su lugar, condenó a DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS, WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES, ORLANDO MURILLO GÓMEZ, NATALIA SUÁREZ VARGAS, DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS, ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO y FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ, a la pena principal de 120 meses de prisión y multa por el equivalente a 67 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época de los hechos (S.M.L.M.), al haber sido hallados autores responsables del delito por el que fueron acusados, tipificado en

el artículo 219 A del Código Penal, modificado por el artículo 4 de la Ley 1329 de 2009.

Igualmente condenó a 120 meses de prisión y multa de 66 S.M.L.M. por similar tipo penal, a LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA, pero de conformidad con el artículo 219A de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 13 de la Ley 1236 de 2008, norma vigente para la época de los hechos a éste imputados.

6. Contra la anterior decisión, los defensores de los procesados aquí mencionados, interpusieron el recurso extraordinario de casación.

7. Presentadas las correspondientes demandas y remitido el expediente a esta Corporación, mediante providencia de 05 de diciembre de 2018, la Sala admitió las demandas de casación presentadas por las defensoras de WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES y ORLANDO MURILLO GÓMEZ, así como los cargos 1º del libelo presentado a nombre de FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ, 2º de NATALIA SUÁREZ VARGAS, 1º de LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA y 2º de ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO. La demanda de casación a nombre de DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS, así como los cargos 2º presentado a nombre de FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ, 1º de NATALIA VARGAS SUÁREZ, 1º de ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO y 2º de LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA, fueron inadmitidos.

8. Ordenado el traslado a demandantes y sujetos procesales no recurrentes a fin de que presentaran sus alegatos de sustentación y refutación, respectivamente, las partes así lo hicieron respecto a los cargos admitidos. Adicionalmente, con anterioridad al 20 de noviembre de 2020, los apoderados de FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ y ORLANDO MURILLO GÓMEZ (19 de octubre de 2020), remitieron sendos oficios a la Corte, manifestando interponer recurso de apelación contra la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal de Medellín en contra de sus prohijados.

IV. LAS DEMANDAS

1. A nombre de FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ

A través del cargo admitido propone el recurrente la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 219A del Código Penal. Argumenta el censor, que el fallador de segunda instancia introdujo en el tipo penal, elementos no contemplados en éste, extendiendo indebida e inadecuadamente el ámbito de protección de la norma a conductas no comprendidas por ésta.

En este sentido, explica el recurrente, contrario a lo considerado por el Tribunal, el tipo penal atribuido a su representado no sanciona: (i.) ni las conversaciones de tipo sexual sostenidas vía telefónica, ni (ii.) aquellas en que se «hable de intercambio sexual con mujeres menores de edad», conductas por las que ORTIZ VÉLEZ resultó condenado.

En consecuencia, solicita casar la sentencia atacada, para en su lugar absolver a su representado por atipicidad de la conducta.

2. A nombre de ORLANDO MURILLO GÓMEZ

La defensora de confianza de ORLANDO MURILLO GÓMEZ invoca la causal tercera de casación, esto es, violación indirecta de la ley sustancial por error de hecho por falso juicio de identidad, por tergiversación.

Aduce que el Tribunal erró al interpretar el contenido de la conversación telefónica a través de la cual involucró a su representado, derivando de ésta equívocamente, los elementos que conforman el tipo penal objetivo. Al respecto, explicó el libelista luego de citar el contenido de la llamada telefónica, de tal diálogo no era posible concluir ni que el interlocutor fuera MURILLO GÓMEZ, ni que en la misma se hubiese solicitado servicio sexual alguno, ni mucho menos se hizo referencia a la edad de las mujeres allí mencionadas. Por lo tanto, expone, los jueces de segunda instancia carecían de sustento para afirmar la realización de un trato con fines sexuales, suponiendo además, el

involucramiento de una menor de edad.

La trascendencia del error denunciado, la hizo radicar el recurrente, en que de no haber incurrido en éste, el Juez Colegiado hubiese confirmado la sentencia absolutoria emitida en primera instancia.

En este orden, solicita casar la sentencia impugnada, para en su lugar revocar el fallo del Tribunal y absolver a su representado.

3. A nombre de NATALIA SUÁREZ VARGAS

La censorsa denuncia que el Tribunal incurrió en violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219 A del Código Penal y falta de aplicación del artículo 213 A ejusdem.

Luego de reproducir el contenido de la conversación interceptada entre NATALIA VARGAS y alias "MARINA", con base en jurisprudencia de la Corporación acerca del delito de proxenetismo con menor de edad, concluye que la conducta allí descrita, subsume el ilícito consagrado en el artículo 219A ibídem, siendo el primero, el tipo penal por el cual debió ser procesada su representada.

Lo anterior, expone la togada, constituye un error de subsunción de los hechos en una disposición legal que no los contiene, vulnerándose de esta forma por parte del Tribunal, los artículos 6, 9 y 10 del Código Penal, así como también, el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución.

Adicionalmente dentro del mismo cargo, sostiene la recurrente, que además de la demostración del tipo penal objetivo y subjetivo atribuido a su poderdante, debe demostrarse la relevancia del aporte del procesado al resultado de la conducta. Para la abogada de la defensa, de conformidad con las actuales corrientes dogmáticas y con el fin

de evitar la ampliación desmesurada del poder punitivo del Estado, «se requiere que a partir de criterios netamente jurídicos, luego de probado el aporte de una condición causal, que se determine si la misma de cara a un resultado equis (sic), fue o no la determinante del mismo».

4. A nombre de ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO

La apoderada de VARGAS MORENO alegó la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219A del Código Penal. En este sentido, expuso iguales argumentos de la colega de la defensa que la antecede.

5. A nombre de WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES

La defensa del procesado presentó un único cargo, por violación directa a la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 219A de la Ley 599 de 2000.

Sostiene el censor, que para la configuración del tipo penal descrito en el citado artículo 219A, no es suficiente con el mero empleo de un medio de comunicación para pretender un encuentro sexual. Para tal propósito, refiere el libelista, es necesario la demostración de la consumación del propósito, esto es, «de la conducta que cumple con el otro presupuesto objetivo del tipo penal cual es el contacto o actividad con fines sexuales con la persona menor de 18 años».

En este orden refiere el recurrente, el Tribunal, además de no indicar el verbo rector reprochado, se abstuvo de determinar si los contactos sexuales se consumaron.

Agrega que igualmente, tampoco se demostró por parte del ad-quem la afectación a los bienes jurídicos protegidos con la norma, como son la libertad, integridad y formación sexual de los menores, que hiciera penalmente reprochable la conducta juzgada.

6. A nombre de LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA

Argumentó el abogado defensor la violación directa de la ley sustancial por indebida aplicación del artículo 219 A del Código Penal. Sostiene que el Tribunal erró al seleccionar la norma en la que encuadró los hechos jurídicamente relevantes imputados. En su criterio, los hechos inferidos no se corresponden con los elementos constitutivos de la conducta penal reprochada.

Aclara que el delito atribuido a su representado (artículo 219A del Estatuto Penal, antes de la modificación introducida por la Ley 1329 de 2009), sancionaba sólo a quien empleara servicios de comunicación global, a fin de obtener contacto sexual con menores de 18 años. Al no prever la norma sanción penal alguna para quien utilizara la telefonía con el fin de solicitar contacto o actividad sexual con menores de 18 años, su representado debe ser absuelto por atipicidad de la acción.

V. TRASLADO A LOS SUJETOS NO RECURRENTES

1. Ministerio Público

La Procuradora Tercera delegada para la Casación Penal solicitó desestimar los reparos formulados en favor de los procesados PATIÑO MONTES, ORTIZ VÉLEZ, SUÁREZ VARGAS, CALLE ZAPATA y VARGAS MORENO.

Al respecto consideró que el fallo proferido por el Tribunal y que derivó en la condena de éstos, tuvo fundamento en las pruebas legalmente aportadas en juicio, las cuales soportaron la configuración tanto del tipo objetivo como subjetivo, constitutivos del ilícito descrito por el artículo 219A del Código Penal. En este sentido, luego de hacer referencia a cada una de las pruebas que comprometen la responsabilidad de los implicados, concluyó que el Tribunal no erró en la norma llamada a regular el caso, teniendo en cuenta que «el fallo de segunda instancia logró comprobar que los reos utilizaron teléfonos fijos y celulares, para obtener

contactos o actividades con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, a través de unas intermediarias, quienes ofrecían de preferencia menores para el intercambio carnal, a cambio del pago de una suma de dinero, de tal suerte que su conducta se encuadró en el delito del artículo 219 A del Código Penal».

Respecto al cargo elevado por violación indirecta a la ley formulado a favor de ORLANDO MURILLO GÓMEZ, la delegada del Ministerio Público solicitó casar la sentencia impugnada y absolverlo por duda probatoria. En su criterio, al Juzgado de Conocimiento le asistió la razón al concluir, que de la única prueba utilizada en contra de MURILLO, no es posible deducir con certeza, que el procesado esté demandando servicios sexuales de menores de edad, pues ello nunca se mencionó de manera concreta.

2. Representante de la Fiscalía

El Fiscal 11 delegado ante esta Corporación, se pronunció de la siguiente forma respecto a cada uno de los cargos formulados y admitidos por la Corte:

- Frente al cargo postulado por el representante de CALLE ZAPATA, de acuerdo con el cual, la norma aplicable al caso (ley 1236 de 2008) no contemplaba como medio para consumación de la ilicitud el uso de teléfonos, estimó errada la apreciación del togado, por cuanto el precepto entonces vigente, señalaba que incurría en el delito, la persona que utilizara o facilitara «cualquier medio de comunicación», lo que conduce a concluir que el servicio telefónico, como mecanismo de comunicación entre personas, ya se encontraba incluido en la norma.

- En relación con el cargo formulado a favor de NATALIA SUÁREZ VARGAS, conforme con el cual, las características del comportamiento típico atribuido a ésta, corresponden al tipo penal de proxenetismo y no a aquél por el cual fuera condenada, el delegado del ente acusador, acudiendo a la jurisprudencia de la Corte (Rad 47234), estimó que en este caso, no concurren los parámetros allí establecidos para llegar a tal conclusión. Que de

conformidad con el criterio de la Corte “(...) el tipo objetivo de la conducta de proxenetismo con menor de edad, subsume la descripción típica del 219A, por su mayor riqueza descriptiva, cuando se determina que el menor utilizado en el tráfico sexual hace parte de la red de prostitución; situación que, sin embargo, no concurre en el asunto analizado (...)” (negrita fuera de texto).

En su criterio, de conformidad con las pruebas incorporadas, «se establece la existencia de una organización, con división de roles, correspondiéndole a Natalia Suárez, conseguir a las menores víctimas de la explotación sexual, indiferentemente si ya habían sido contactadas o no, ya que lo importante era satisfacer las solicitudes que en tal sentido, realizaban los clientes a través de llamadas telefónicas; lo que sin lugar a controversia, permite afirmar que su comportamiento guarda plena correspondencia con el delito por el cual fue condenada».

Finalmente resaltó que en todo caso, el tipo penal por el que fue condenada la señora SUÁREZ VARGAS, resultaba “más concreto, específico y benigno que el 213A”.

Solicitó el Fiscal delegado, tener como inadmisibles los argumentos expuestos por la recurrente.

- Tratándose de los cargos admitidos a favor de FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ considera el representante del órgano persecutor, que del contenido de la llamada sustento de condena del implicado, es evidente la utilización del servicio de telefonía por parte de éste, con ánimo lascivo, proyectándose a la obtención del servicio sexual con menores de edad ofrecido por su interlocutora.

- En cuanto a las postulaciones de la defensa de WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES estimó que, teniendo en cuenta los derroteros trazados por la Corte en la sentencia citada al inicio de su intervención y el material probatorio que sirvió de sustento a la condena, el comportamiento predicado del señor PATIÑO MONTES, se presentó en el contexto de la

explotación sexual de menores, en el ámbito de la prostitución infantil, contribuyendo el procesado de forma idónea como cliente, a la realización del tipo penal por el que resultara condenado, vulnerando sin justificación alguna el bien jurídico protegido. Por tales razones, para la Fiscalía, la proposición efectuada por la recurrente, no puede producir decisión distinta a la asumida por el Tribunal.

- Para el representante del ente acusador no le asiste razón a la defensa de ORLANDO MURILLO GÓMEZ, como quiera que conforme con los elementos de prueba incorporados al debate, se determinó con suficiencia, que las personas sometidas a explotación sexual, dentro de la red desmantelada, eran todas jóvenes menores de 18 años. En consecuencia el reproche presentado no tiene vocación de éxito, por lo que pide no casar la sentencia impugnada.

3. Representante de víctimas

Solicitó no acceder a las pretensiones de los demandantes, pues de conformidad con las pruebas presentadas en juicio, se demostró que cada uno de los procesados cometió la conducta penal atribuida, siendo cada uno de ellos debidamente identificado por las menores víctimas que rindieron su relato en audiencia pública.

Propugna por no casar el fallo proferido por el Tribunal, ante la no configuración de ninguna de las causales alegadas por los recurrentes.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Aclaración previa

Al constituir el objeto de reproche –por vía de la interposición del recurso extraordinario de casación— una sentencia condenatoria proferida por primera vez en sede de segunda instancia, la garantía de la doble conformidad judicial o derecho a impugnar la primera

condena, se hace efectiva a través de la resolución del recurso extraordinario interpuesto. Esto, con relación a los procesados cuyos cargos elevados en la demanda fueron admitidos.

No obstante, la Corte luego de abordar el estudio de los cargos elevados por los defensores y que fueron admitidos por la Corte (1.), en garantía del derecho a obtener una doble conformidad del fallo condenatorio, realizará, en lo que no fue objeto de análisis en los cargos de casación y que constituyó tema de debate a través de los cargos que fueron inadmitidos, un estudio general de la legalidad de la sentencia emitida en segunda instancia (2.).

1. Análisis de los cargos

Con base en la temática controvertida en los cargos elevados y admitidos, la Sala se pronunciará siguiendo la siguiente estructura:

En primer lugar (2.1.), serán objeto de estudio las violaciones directas a la ley planteadas por los demandantes frente al artículo 219A del Código Penal, a través del análisis de los siguientes tópicos:

- Elementos constitutivos del tipo penal de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años, en su versión original (artículo 34 de la Ley 679 de 2001, modificado por el artículo 13 de la Ley 1236 de 2008) (2.1.1.).
- Reforma introducida por el artículo 4 de la Ley 1329 de 2009 (2.1.2.) y
- Diferencias con el punible de proxenetismo con menor de edad (2.1.3.) y otras conductas relacionadas con la explotación sexual de menores.

Con base en lo hasta aquí analizado, la Sala se pronunciará en concreto, en relación a cada uno de los cargos por violación directa a la ley, objeto de la presente providencia (2.1.4.).

En segundo y último lugar (2.2.), la Sala se ocupará del cargo por error en la apreciación de la prueba (falso juicio de identidad por tergiversación) sustentado por la defensa de ORLANDO MURILLO GÓMEZ, frente al contenido de conversación obtenida por interceptación telefónica, el cual sirvió de sustento al Tribunal para derivar la responsabilidad penal en los hechos objeto de juzgamiento.

1.1. De las violaciones directas a la ley sustancial

1.1.1. Elementos constitutivos del tipo penal en su texto original

El punible identificado con el nomen-iuris de «utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años», fue introducido por primera vez al Código Penal colombiano, a través del artículo 34 de la Ley 679 de 2001. Entonces, su descripción típica rezaba:

«Artículo 312-A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con estos, incurrirá en pena de prisión (...)».(negrita y subrayado fuera de texto)

La norma fue modificada por el artículo 13 de la Ley 1236 de 23 de julio de 2008, únicamente en lo que tiene que ver con la pena a imponer. Así, mantuvo su vigencia hasta el 17 de julio de 2009, fecha en la que empezó a regir la Ley 1329 de 2009, a través de la cual, se realizaron algunos cambios en la redacción del artículo 312A citado – 219A a partir de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 –, introduciendo nuevos elementos descriptivos al tipo penal.

De la exposición de motivos presentada con la propuesta inicial de introducción del tipo penal bajo estudio, se extrae como objetivo genérico de la Ley, reprimir el turismo sexual que involucra menores de edad, cada vez más en aumento.¹

De manera específica y en relación con el novedoso tipo penal entonces propuesto (en el proyecto original artículo 22, allí denominado Contacto de menores con fines de abuso sexual), se indicó que la iniciativa pretendía penalizar la conducta de «(...) quienes utilicen el correo tradicional, redes globales de información o cualquier otro medio de comunicación para contactar menores u ofrecer servicios sexuales con éstos». Ello, teniendo en cuenta el creciente número de denuncias en relación con la explotación sexual de menores y, desde una perspectiva de derecho comparado, con el fin de cubrir el déficit normativo existente, en cuanto a tipos penales que abarcan otras manifestaciones lesivas de los derechos y libertades sexuales de los menores.² Igualmente se consideró, que las previsiones del proyecto de ley, eran «(...) oportunas para salirle al paso a los pederastas y aberrados sexuales que emplean los canales de información magnética para manipular a los menores o hacer contacto con ellos a través de ciertos agentes turísticos». Así, «[E]l uso de las pistas del ciberespacio y la información reportada por algunos servidores está llegando sin ningún control de acceso. Mientras se adquieren y emplean sistemas capaces de impedir el paso de tales informaciones en la Internet, es preciso atacar a los manipuladores de la información y a los intermediarios que se lucran sirviendo de contacto entre los abusadores y los menores de edad con fines reprochables».³

En este contexto, se introdujo el nuevo tipo penal con las siguientes características:

- Punible de comisión dolosa, esto es, de aquellos que requieren la comisión de la conducta de manera voluntaria y consciente, así como también, con conocimiento de que la misma constituye delito.
- De sujeto activo común, es decir, carente de cualquier condición especial para ejecutar la

conducta, pudiendo ser cometido por cualquier persona.

- Tipo penal compuesto, al contemplar pluralidad de modalidades de conducta o modelos de comportamiento, que hacen posible la realización del tipo penal, a través de la introducción de dos verbos rectores: «utilizar» y/o «facilitar».

De acuerdo con una interpretación literal de estos dos verbos rectores, denotan, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el primero, en su primera acepción, “[h]acer que algo sirva para un fin»,⁴ y el segundo, también en su primera acepción, “[h]acer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin».⁵

De tal forma, la realización del tipo penal, se actualizará con el despliegue de cualquiera de estos dos comportamientos sobre los medios de comunicación que menciona la norma, a fin de obtener contacto u ofrecer servicios sexuales con menores de edad.

- Adicionalmente, se trata de un tipo penal de mera conducta, cuya consumación se agota en una acción del autor, en este caso, con la sólo realización de cualquiera de los verbos rectores «utilizar» o «facilitar» sobre los elementos y con los fines señalados por la norma. Es así que para el perfeccionamiento o consumación del ilícito, basta con la realización de la descripción típica, sin que interese la producción de un resultado exterior, pues lo pretendido por el legislador a través de esta técnica legislativa, es valorar de forma negativa la conducta (desvalor de acción), con independencia del resultado que se produzca.

Es por ello que en esta clase de delitos, el resultado típico debe distinguirse del menoscabo del bien jurídico. El primero (resultado), supone la lesión o puesta en peligro del objeto material; en tanto el segundo (menoscabo del bien jurídico), tiene que ver con la relación de la acción típica con la pretensión de respeto que posee el valor protegido por la disposición penal.⁶

Bajo este entendido, para la configuración del delito descrito en el artículo 219A del Código

Penal, no es forzoso que el contacto o la actividad con fines sexuales con el menor de edad se lleve a cabo.

-Como elementos descriptivos y/o aquellos instrumentos de los que se ha tenido que valer el actor para lograr su propósito, la norma (en su versión original) hace referencia a mecanismos del tipo «correo tradicional», «redes globales de información» o «cualquier otro medio de comunicación».

Por «correo tradicional» debe entenderse el servicio postal convencional, es decir, aquel sistema dedicado a transportar de manera física y de un lugar a otro, documentos escritos o paquetes.

Por su parte, las «redes globales de información», hacen referencia a todas aquellas redes informáticas a través de las cuales es posible conectar ordenadores y otros dispositivos informáticos, con el objetivo de compartir recursos y/o entablar comunicación; de éstas, la más renombrada, el internet. También cuentan como redes globales, las plataformas que se sirven del internet, como Twitter, Facebook, Snapchat, o incluso WhatsApp.

De igual manera y en forma genérica, la ley utiliza el término «medio de comunicación», a fin de abarcar cualquier otro sistema, mecanismo o instrumento de transmisión de información, alternativo a los arriba mencionados, y que permiten a un emisor determinado ponerse en contacto con uno o varios receptores. Entre los medios de comunicación interpersonal, esto es, aquellos que conectan a dos o más personas de manera privada, cuentan, principalmente el teléfono tradicional, la telefonía celular, el correo postal, el telégrafo, el fax e incluso las actualmente conocidas como Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC – como lo son las redes sociales, el internet, el correo electrónico y todos aquellos demás recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios que permiten el procesamiento, almacenamiento y transmisión de información, ya sea de voz, datos, texto, video o imágenes.⁷

Estos medios de comunicación, señalaba el texto original, deben ser utilizados para obtener u ofrecer «contacto sexual» o «servicios sexuales» con menores de 18 años de edad, debiéndose interpretar estas expresiones, como toda relación o trato que se establece entre dos o más personas con fines eróticos.

- Finalmente, se está frente a un tipo penal de peligro, por constituir una conducta que apenas alcanza a potenciar una lesión para el objeto de la acción y, por ende, para el bien jurídico. Por lo mismo, es suficiente el riesgo de lesión como resultado de la acción. En los delitos de peligro concreto, como lo es el aquí analizado, el merecimiento de pena descansa sobre la peligrosidad general de la acción típica para determinados bienes jurídicos. En este sentido, recuerda y resalta la Sala, que el acaecimiento del peligro mismo no pertenece al tipo, pero al comportamiento correspondiente le es típicamente propio la producción de un peligro concreto.

Tratándose en este sentido del bien jurídico que protege la norma, la conducta reprochada trasciende a los derechos a la libertad, integridad y formación sexuales de quienes aún carecen de autonomía personal para defender por sí mismos tales garantías, dada su minoría de edad. Derechos amparados no sólo por la legislación nacional, sino también a través de los tratados internacionales suscritos por el Estado colombiano, entre otros, la Convención Internacional de los Derechos del Niño; el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; así como también, el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta, la prostitución y la pornografía infantil y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, suscrito por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1949.

De conformidad con la jurisprudencia de la Sala, para diferenciar el comportamiento tipificado por el artículo 219A, de conductas cotidianas socialmente permitidas o

comportamientos ya previstos como delito y con pena menor – como lo podría ser el delito descrito en el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad de inducción de menores de 14 años a prácticas sexuales – la conducta reprochada a través del artículo 219A ibídem y demás punibles descritos en el Capítulo IV del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, debe darse en un trasfondo de prostitución infantil, pornografía con menores o vinculado con el turismo sexual. En otras palabras, debe darse, en un contexto de explotación sexual de menores de edad.⁸

Así, la Corte propugna y mantiene vigente la siguiente tesis:

«(...) si no puede predicarse en una conducta que formalmente se ajuste a la descripción del artículo 219-A del Código Penal un contexto de explotación sexual, la acción será atípica, por ausencia de lesividad, al menos con menores entre los catorce (14) y los dieciocho (18) años».⁹

1.1.2. Reforma introducida por el artículo 4 de la Ley 1329 de 2009

La Ley 1329 de 17 de julio de 2009 modificó el artículo 219A original, introduciendo elementos descriptivos al tipo, a fin de abarcar y contrarrestar de mejor manera nuevas modalidades de explotación sexual comercial infantil.¹⁰

El nuevo texto¹¹ añadió como medio de comunicación a través del cual (entre otros) se actualiza la conducta, específicamente, aquél referido a la telefonía, acogiendo la propuesta presentada por la policía judicial, al ser ésta «[el] medio de comunicación utilizado regularmente por los agresores de este delito para contactar a sus víctimas».¹²

Adicionalmente, la finalidad de la utilización o facilitación de dichos medios, la extendió el legislador a los verbos «solicitar» y «facilitar», con el propósito de abarcar explícitamente tanto al que demanda el contacto, como al intermediario.¹³

Y finalmente, por su contenido peyorativo y poco claro, cambió el término «servicios sexuales» inicial, por «contacto o actividad con fines sexuales con menores».14

Para la Sala, la reforma y/o adición introducida por el legislador de 2009, en últimas, no constituye un cambio trascendental en la descripción típica. La incorporación del término 'telefonía', como uno más de los medios de comunicación a través de los cuales es posible realizar la conducta, era abarcado desde antes, por el género 'medios de comunicación' ya contenido en la versión original del tipo. Por otra parte, la introducción de los vocablos «solicitar» y «facilitar», complementan de manera aclaratoria, la finalidad ilícita ya reprochada, haciendo indiscutible que la norma penal igualmente cobija a quienes sirven de intermediarios en el comercio sexual con menores.

De tal forma, lo que se logra con la modificación de 2009, es dar mayor especificidad al contenido de reproche comprendido en la descripción típica del artículo 219A del Código Penal.

En este orden de ideas, complementando el criterio ya trazado por la Corte desde años atrás, lo que pretende el tipo penal del artículo 219A del Código Penal, tanto en su actual como en la original versión, es sancionar a quienes buscan obtener favores sexuales con menores de edad, y así mismo, a quienes actúan como intermediarios o prestadores de tales actividades, en la medida en que se hayan valido de cualquier medio de comunicación para conseguir tan protervos fines, esto dentro de un contexto de explotación sexual.15

1.1.3. Diferencias con el punible de proxenetismo con menor de edad y otras formas de explotación sexual con menores

Pertenece el proxenetismo con menor de edad (artículo 213A C.P.), junto con los delitos de estímulo a la prostitución (artículo 217 C.P.), pornografía (artículo 218 C.P.), turismo sexual (artículo 219 C.P.), demanda de explotación sexual comercial con menores de edad (artículo 217A C.P.) y la utilización o facilitación de medios de comunicación para obtener u ofrecer

actividades sexuales con menores de edad (artículo 219A C.P.), al grupo de tipos penales relativos a la explotación sexual en la que los menores de edad son víctima.

De la lectura de la descripción típica del conjunto de normas penales citadas, es posible concluir que unas y otras están dirigidas a castigar ambos extremos de la explotación sexual de menores, abarcando tanto a quienes de una forma u otra, proporcionan servicios sexuales con menores de edad o sirven para tal fin (incluidos intermediarios), como a aquellas personas que demandan la actividad.

De igual manera, las normas intentan comprender una diversidad de posibles comportamientos que tienen ocurrencia en la cadena del negocio ilegal de la explotación sexual de menores.

Así, a través de los ilícitos mencionados, tratándose de aquél sujeto activo que promueve de alguna manera la explotación sexual de menores (como es el caso de la procesada NATALIA SUÁREZ VARGAS), se sanciona:

- Al que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organiza, facilita o participa de cualquier forma de comercio carnal con menores (artículo 213A C.P.). Se trata de un delito de inducción a la prostitución, en el cual la víctima no ha alcanzado los 18 años de edad.
- Al que, entre otros verbos rectores, produce, divulga, ofrece o vende representaciones reales de actividad sexual que involucra menores de edad (artículo 218 C.P.)
- Al que destina, arrienda, mantiene, administra o financia inmueble para la práctica de actos sexuales con menores de edad (artículo 217 C.P.).
- Al que utiliza o facilita medio de comunicación para ofrecer o facilitar contacto o actividad sexual con menores (artículo 219A C.P.); y finalmente,

- Al que dirige, organiza o promueve actividad turística que incluya la utilización sexual de menores (artículo 219).

Ahora bien, que la redacción del tipo penal del proxenetismo con menor, no contenga un medio específico a utilizar (como son los medios de comunicación) para facilitar u organizar el comercio carnal allí reprochado, no quiere decir, que no abarque aquellos comportamientos en que el proxeneta -con ánimo de lucro— instrumentalice tales medios, para «organizar, facilitar o participar de cualquier forma» el tantas veces referido comportamiento.

Luego entonces, de tratarse el hecho investigado y juzgado, de persona que, dentro de un contexto de explotación sexual, haciendo uso de cualquier medio de comunicación y con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organiza, facilita u ofrece contacto o actividad sexual con menores, concurre al mismo tiempo en los tipos penales de proxenetismo con menor de edad, descrito en el artículo 213A del Código Penal, y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años, del artículo 219A ibídem.

Se está así, frente a un evidente caso de concurso aparente de leyes penales. Cómo elegir la norma a aplicar, tanto la doctrina, como la jurisprudencia nacional, han destacado el uso de los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción.

1) De acuerdo con el principio de especialidad, un tipo penal es especial en relación con otro, cuando una disposición penal presenta todos los elementos de otra, pero además, otro(s) específicos, que demuestran un fundamento especial de la punibilidad (*lex specialis derogat legi generalis*). En este caso debe aplicarse el tipo penal especial, al contener los elementos propios del tipo básico y otros nuevos que permiten adecuar la conducta respectiva dentro de su marco.

2) De otra parte, un tipo penal es subsidiario de otros, cuando solo puede ser aplicado si la

conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión del mismo bien jurídico.¹⁶ El tipo subsidiario retrocede ante el primario.

3) Finalmente, según el principio de consunción, el tipo penal consuntivo consume al simple. Y un tipo penal es consuntivo, cuando el contenido de injusto y culpabilidad de una acción típica incluye también otro tipo de menor relevancia jurídica, teniendo mayor riqueza descriptiva.¹⁷ En estos casos, el tipo penal de mayor riqueza descriptiva «contiene una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura mas grave, realiza cumplidamente la función punitiva no solo por cuenta propia sino por cuenta de otro tipo».¹⁸

Bajo tales principios, la norma penal a aplicar al caso planteado, será el artículo 213A de la Ley 599 de 2000. Ello, al contener el supuesto de hecho allí descrito, todos los elementos del artículo 219A ibídem, más otros ingredientes especiales o específicos.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con aquellos sujetos activos que demandan servicios sexuales con menores de edad, el Capítulo IV del Título IV, Libro Segundo, del Código Penal castiga:

- Al que solicita o demanda realizar acceso carnal o acto sexual con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago (artículo 217A C.P.)
- Al que compra, posee, porta o almacena pornografía que involucre menores; y
- Al que utilice o facilite medios de comunicación para obtener o solicitar contacto o actividad sexual con menores (artículo 219A C.P.).

En el caso de quienes demandan el servicio ilegal —como sería para la mayoría de los aquí procesados que acuden en sede de casación y de conformidad con los hechos por los que fueron acusados—, prescindiendo de la conducta de pornografía infantil, se trata de tipos

penales similares, diferenciados por circunstancias específicas contenidas en una y otra descripción típica.

La mayor complejidad la posee el artículo 217A del Código Penal, frente al 219A ibídem, lo cual se advierte en los elementos exigidos por la norma, así como en la sanción establecida para cada uno de ellos. Así, para el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, en la solicitud de la actividad sexual ilícita por parte del agente -sin importar el medio a través del cual se solicite—, debe mediar el «pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza». Por el contrario, dicho elemento no aparece en el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores, cuya conducta principal es utilizar o facilitar medios de comunicación, con el fin de obtener o solicitar contacto o actividad sexual con personas que no han alcanzado la mayoría de edad.

Así, la conducta principal del artículo 217A del Código Penal, en el artículo 219A ibídem se convierte en secundaria, debiendo mediar para el primero (217A), pago o promesa de alguna remuneración, cualquiera que ella sea. Por otra parte, tratándose de la sanción a imponer, mientras que el primero consagra pena de prisión de 14 a 25 años, el segundo contiene un castigo que puede ir de 10 a 14 años de prisión.

Ahora bien, una comparación general del tipo penal del artículo 219A ejusdem, con aquél descrito en el artículo 213A del estatuto penal o proxenetismo con menores, arroja como resultado una diferencia trascendente: el último únicamente castiga a aquella parte de la cadena que se ocupa de promover o posibilitar de alguna forma la explotación sexual de menores, dejando la sanción de quien demanda los servicios sexuales con menores mediante pago o promesa de pago, al ilícito descrito por el artículo 217A de la Ley 599 de 2000.

Por su parte, el artículo 219A del mismo Código, si bien sanciona en el mismo tipo ambos

extremos de la cadena ilícita (ofertante o intermediario y demandante), contiene una conducta principal (utilizar o facilitar cualquier medio de comunicación) no contenida específicamente en la del proxenetismo cuya finalidad resulta siendo las conductas principales castigadas por los delitos de los artículos 213A y 217A del Código Penal.

1.1.4. Del caso concreto

Al consistir el reparo objeto de estudio en violación directa a la ley sustancial, recuerda la Corte que con ello los impugnantes están aceptando que los hechos son tal y como los reconstruyó el fallador, de modo que se está desistiendo de cualquier controversia probatoria, pues la apreciación de las pruebas también se acepta como consecuencia natural de que fue a través de esa estimación, con esa precisión y alcance, que se fijó el aspecto fáctico.

1.1.4.1. Cargo elevado a favor de LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA

LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA fue acusado y condenado en segunda instancia por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años, tipificado en el artículo 219A del Código Penal, en su versión original contenida en el artículo 34 de la Ley 679 de 2001, modificado por el artículo 13 de la Ley 1236 de 2008, teniendo en cuenta que las comunicaciones a éste interceptadas y objeto de reproche, acontecieron en mayo de 2009.

Alegó el apoderado de CALLE ZAPATA la violación directa de la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219A del Código Penal. En criterio del censor, la descripción típica allí contenida, no sancionaba la utilización de la telefonía.

Al respecto no le asiste razón al libelista, pues si bien, el artículo 219A del Código Penal vigente para la época de los hechos imputados, no hacía referencia de manera particular a la telefonía, sí lo hacía, como se analizó en título anterior (2.1.1.), al género «cualquier otro

medio de comunicación», del que indudablemente hace parte la telefonía. En consecuencia la censura no prospera.

1.1.4.2. Cargo elevado a favor de WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES

El apoderado de PATIÑO MONTES alegó la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 219A de la Ley 599 de 2000. Sostuvo que para la configuración del tipo penal, la conducta debe trascender del mero empleo de un medio de comunicación para pretender un encuentro sexual, siendo necesaria la demostración de la consumación de tal propósito, esto es, el «contacto o actividad con fines sexuales con la persona menor de 18 años».

Al respecto resultan desacertadas las consideraciones expuestas en este sentido por el censor, quien no tuvo en cuenta que el delito atribuido, como se analizó en título anterior (2.1.1.), pertenece a la categoría de los denominados tipos penales de mera conducta, cuya consumación se agota con la sola realización de cualquiera de los verbos rectores sobre los elementos y con los fines señalados por la norma, por lo que no es forzoso la producción de un resultado exterior, pues la simple acción supone la puesta en peligro del objeto material, así como también, del bien jurídico.

Igualmente se trata de un tipo penal de peligro, en contraposición a aquellos denominados de lesión, al ser la conducta descrita una conducta que apenas amenaza y/o pone en peligro el bien jurídico.

En este último sentido, vale la pena recordar que el uso de esta técnica legislativa en la construcción de infracciones de derecho penal, no están vedadas, siendo utilizadas en su mayoría en la protección de bienes jurídicos de importancia, como lo son los derechos a la libertad, integridad y formación sexuales de quienes no han alcanzado la mayoría de edad, radicando el merecimiento de pena en la peligrosidad general de la acción típica para tales bienes jurídicos.

En todo caso, debe dejarse claro al censor, que el tipo penal descrito en el artículo 219A del estatuto penal, en parte alguna exige para la consumación del delito la realización efectiva del propósito del actor, esto es, el contacto o actividad con fines sexuales.

En consecuencia, no prospera el cargo.

1.1.4.3. Cargo elevado a favor de FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ

Alegó el apoderado de ORTIZ VÉLEZ la violación directa a la ley sustancial por interpretación errónea, al considerar que el Tribunal equivocó el sentido dado a la descripción típica del artículo 219A del Código Penal, al entender que éste castiga las conversaciones telefónicas de tipo sexual y/o en las que se hable de intercambio sexual con menores, yerro que llevó a la condena indebida de su representado.

De acuerdo con la sentencia de segundo grado, la llamada telefónica que compromete la responsabilidad de ORTIZ VÉLEZ se refiere a la evidencia identificada con el Nr. 22, la cual se transcribió en su totalidad en la sentencia. De ésta dedujo el Tribunal «un claro y evidente contenido de tipo sexual». Sin embargo, no es tal consideración la que le permitió concluir la configuración del tipo penal en comento. Del contenido de la llamada, dedujo el ad-quem que «se está hablando de un intercambio sexual con mujeres menores de edad, concretamente se menciona una menor de 16 años». Conversación que, verifica la Corte, implicó los elementos constitutivos del tipo penal, pues en ella no solamente se ofrecen contactos con fines sexuales que involucraban menores, sino también, deja evidente, el ánimo e interés de uno de los interlocutores de la llamada telefónica, más exactamente del señor FRANCISCO ORTIZ, de obtener contacto o actividad sexual con jovencitas que no alcanzan la mayoría de edad. Es así que ORTIZ VÉLEZ, en el decurso de la llamada, pregunta a su interlocutora «(...) dónde están es viejas buenas, señoritas (...)» y al serle ofrecida una de su gusto (hermosa, de cara, cuerpo y bien hablada), pregunta por su edad (16 años), complementando su ánimo de obtener el contacto, con la manifestación: «yo

necesito una vieja para salir, pa (sic) llevarla a pasear».

Luego entonces, carece de sustento el cargo elevado por el demandante, no resultando cierto que el fallador de segunda instancia hiciera una interpretación errada del contenido del artículo 219A del Código Penal. La prueba llevada a juicio demuestra los elementos constitutivos del tipo requeridos por el artículo 219A del Código Penal: (i.) la utilización de la telefonía (ii.) con el fin de obtener contacto o actividad sexual con menores de 18 años de edad. Todo ello, en un contexto de explotación sexual de menores de edad.

El cargo no prospera.

Postuló la defensa de este procesado la violación directa a la ley sustancial por aplicación indebida del artículo 219A del Código Penal, por considerar inadecuado el tipo penal por el que fuera condenado su representado, por cuando las características del comportamiento atribuido corresponden, más bien, al delito de proxenetismo con menor de edad descrito en el artículo 213A ibídem.

Desacertada resulta la postura de libelista en tal sentido. Tal como se anotó en acápite anterior (2.1.3.), el tipo penal de proxenetismo sanciona únicamente a aquél extremo de la cadena de la explotación de menores que promueven o proporcionan tales servicios sexuales y no a aquél extremo que demanda la actividad. Luego entonces, al ser la conducta por la que fue juzgado ELKIN DE JESÚS VARGAS de las últimas, resulta imposible siquiera pensar en una posible adecuación en el delito de proxenetismo con menores. De manera acertada la Fiscalía y el Tribunal adecuaron la conducta demostrada al tipo penal descrito en el artículo 219A del Código Penal.

En este sentido, no se acogerán los argumentos del demandante.

1.1.4.5. Cargo elevado a favor de NATALIA SUÁREZ VARGAS

Igual cargo se propuso a favor de la señora SUÁREZ VARGAS. Sin embargo los hechos jurídicamente relevantes atribuidos a ésta, difieren de aquellos imputados a los demás co-procesados.

De las escuchas telefónicas obtenidas en contra de ésta y que datan del 20 de agosto de 2009, queda claro, tal como lo concluyó el Tribunal, que NATALIA se comunicó vía telefónica con MARÍA CARLINA MÚNERA, alias «MARINA», a fin de conseguir por su intermedio dos quinceañeras para llevarlas con un hombre de origen norteamericano, a cambio de dinero. Refiere la procesada en la comunicación, que el solicitante del servicio le entregará \$ 120.000.00 pesos por niña, de los cuales \$ 100.000.00 son para cada una de las adolescentes, \$ 20.000.00 para ella [NATALIA], ofreciendo a MARINA \$ 20.000.00 por facilitar el contacto.

En efecto, el comportamiento relatado y demostrado a través de la llamada telefónica interceptada y reproducida como prueba en el juicio, encuentra subsunción en dos tipos penales: el de proxenetismo con menor de edad (artículo 213A del Código Penal) y aquél denominado utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores (artículo 219A ibídem). Se está de tal forma, frente a la categoría dogmática de un concurso aparente de normas o de delitos.

La elección de uno de ellos a efectos de imputar a la procesada SUÁREZ VARGAS, debió hacerse dando aplicación a los principios de especialidad, subsidiaridad y consunción, desarrollados por la doctrina penal y acogidos pacíficamente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Así, como el tipo penal de proxenetismo con menor de edad descrito en el artículo 213A citado, reproduce también los elementos típicos de un tipo penal más general, como lo es el descrito en el artículo 219A ibídem, y además, caracteriza de manera más precisa al hecho, añadiendo elementos adicionales, como lo es el ánimo de lucro para sí o para un tercero, y

habiéndose demostrado este elemento subjetivo especial referente a la intención de obtener una ganancia para sí o un tercero, el delito a aplicar, era aquél descrito en el artículo 213A ibídem.

El representante de la fiscalía general de la Nación, descontextualizó el fragmento de jurisprudencia citada (CSJ, Rad. 47234), al concluir con base en ésta, que el tipo penal de proxenetismo, únicamente subsume la descripción típica del artículo 219A del Código Penal, «cuando se determina que el menor utilizado en el tráfico sexual hace parte de la red de prostitución», pues tal afirmación por parte de la Corte en la providencia citada, se hace en el contexto de dejar en claro que, tratándose de esta clase de delitos o conductas punibles reunidas en el Capítulo IV, Título IV del Libro Segundo del Código Penal, su configuración debe darse en un marco de explotación sexual de menores.¹⁹

Contrario a lo manifestado por la delegada, el fragmento de jurisprudencia citado, confirma la tesis seguida por la Sala, en el sentido de concluir, que la conducta del intermediario de servicios de prostitución infantil, con ánimo de lucro y cuando el menor ya ejerce tal actividad, hace irrelevante el uso del medio de comunicación, configurándose la acción descrita en el artículo 213A del Código Penal.

Ahora bien, que la procesada NATALIA SUÁREZ VARGAS fuese acusada y haya resultado condenada por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años y no por aquél con mayor riqueza descriptiva y que abarcaba la totalidad de la conducta por ella desarrollada, considera la Corte, no altera la legalidad de la sentencia censurada.

No es posible perder de vista, se insiste, que la conducta desplegada por la procesada, encuentra subsunción en dos tipos penales, uno de los cuales (el proxenetismo con menores) consume al de menor entidad o simple (utilización de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores), por hacer parte la descripción típica del

último, de las características y/o elementos del primero.

Al haberse adelantado el proceso por el delito simple o delito que debió ser desplazado, surge, en este caso particular, la necesidad de mantener la aplicación de éste, lo cual en manera alguna afecta el principio de legalidad de los delitos y las penas, además de resultar favorable a la procesada, evitando incluso la impunidad de la conducta, que de una u otra forma, es reprochada por la ley penal.

En este contexto y considerando que la ley penal colombiana únicamente regula lo concerniente al concurso ideal de conductas punibles (artículo 31 del Código Penal), dejando la solución al concurso aparente de leyes a los principios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, la Corte, reiterando:

1. Que en el caso bajo estudio concurren dos normas penales (artículos 213A y 219A del Código Penal), la cuales subsumen de una u otra forma la conducta desplegada por NATALIA SUÁREZ VARGAS.
2. Que la condena por el delito descrito en el artículo 219A del Código Penal no lesiona el principio de legalidad de los delitos y las penas, por cuanto la conducta demostrada, se insiste, encuentra subsunción también en el artículo 219A del estatuto penal.
3. Que la aplicación del artículo 219A ibídem, en últimas, es más favorable a la procesada.
4. Que en todo caso, se respetaron los derechos de defensa y debido proceso de la implicada, al haber existido congruencia fáctica y jurídica desde la formulación de imputación hasta el proferimiento de la condena en segunda instancia; y finalmente
5. Que a la luz de los actuales parámetros jurisprudenciales, el juez tiene la posibilidad de variar la calificación jurídica de la conducta imputada por la Fiscalía, siempre y cuando se mantenga el núcleo fáctico de la imputación, se trate de un delito de menor entidad y se

respeten los derechos de las partes;²⁰ luego entonces, al ser ello posible, menos controversia y obstáculos se presentan, cuando existiendo un concurso aparente de normas o de delitos, se condena por un delito de menor entidad, por el cual el procesado ha sido imputado, acusado y finalmente declarado penalmente responsable;

en consecuencia, no casará la sentencia impugnada respecto al cargo aquí analizado, manteniendo la condena proferida en segunda instancia en contra de NATALIA SUÁREZ VARGAS por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años (artículo 219A ibídem).

En relación con los argumentos adicionales expuestos por la recurrente y que aluden a la demostración del carácter determinante del resultado producido por la conducta desplegada, la Sala se remitirá a lo razonado en el punto 2.1.4.2. de estas consideraciones.

1.2. De la violación indirecta por error de hecho por falso juicio de identidad – Cargo elevado a favor de ORLANDO MURILLO GÓMEZ

El error de hecho por falso juicio de identidad alegado por el demandante, se presenta cuando el juzgador, al apreciar el medio de prueba, distorsiona su contenido o expresión fáctica, ya sea porque lo adiciona, lo cercena o lo altera, atribuyendo a la prueba lo que materialmente no expresa. En tal evento el yerro es de carácter objetivo pues ocurre en la fase de aprehensión material del medio por parte del juzgador, debiéndose concentrar su demostración en dos aspectos esenciales: (i.) que en el fallo se apreció la prueba contrariando su texto literal, y (ii.) que tal desacierto condujo a una decisión contraria a la Ley.

Al respecto sostuvo el libelista, que del contenido de la llamada telefónica que supuestamente involucra a su representado no es posible extraer, solicitud de servicio sexual alguno, ni mucho menos, que se haya hecho referencia a la edad de las mujeres allí mencionadas. En tal virtud, al haber alterado el juzgador de segunda instancia el contenido

de la conversación, condujo a la decisión errada de condenar a su prohijado por el delito descrito en el artículo 219A del Código Penal.

Como prueba de cargo en contra de MURILLO GÓMEZ, el Tribunal tuvo en cuenta la evidencia Nr. 10, referente a interceptaciones realizadas al abonado telefónico 2546030 los días 16 y 17 de abril de 2009, casete Nr. 18, lado A, contador 494 a 508. En la conversación reproducida en juicio, se escucha a dos individuos que se identifican como HELDA y ORLANDO. El diálogo se desarrolla de la siguiente forma:

«IM: Hola doña Helda

IF: Hola Orlando

IM: Hola

IF: ¿Cómo te va?

IM: ¿Qué has hecho?

IF: Oiga, en la tarde llegan unas niñas. Vamos a ver si te consigo a la que te gustó tanto. Que estaba ese día de pantaloncito de rayas. ¿Te acordás?

IM: Ajá

IF: ¿Ahora venís por la tarde?

IM: No, yo voy en la tarde por ahí a las cuatro y media.

IF: Voy a ver si se la consigo para usted. Para mandarla conseguir, es que ella se mantiene por allá donde una amiga de ella, no tiene teléfono para ver si se la consigo para usted. Por eso las tengo que mandar buscar a las dos. Dígame si viene. ¿o qué?

IM: Ajá

IM: Ajá

IF: Bueno, ¿entonces usted llama cuando vaya a venir?

IM: Listo

IF: Bueno, chao pues.»²¹

Para el Tribunal, de tal conversación se colige «(...) que se trata de un intercambio sexual a cambio de dinero, como se ha hecho en todas las conversaciones con todos los clientes; adicionalmente, la señora HELDA MARÍA COLORADO tiene preferencia en su negocio por la búsqueda de menores de edad y precisamente por esa razón es que acuden en contacto con sus clientes».

En tal sentido, el censor controvierte la consideración del ad-quem, pues en su criterio, por el contrario, tal diálogo no desarrolla los ingredientes particulares del tipo penal por el que fuera acusado MURILLO GÓMEZ.

Llegados a este punto, debe estimarse entonces, si de la llamada en cuestión y las demás pruebas legalmente introducidas en juicio, es posible concluir que el actor, utilizando medios de comunicación, pretendió obtener o solicitar contacto o actividad sexual con menor de 18 años.

En primer lugar, deja ver la reproducción de la conversación sostenida el 17 de abril de 2009 (casete 18, lado A, contador 494 a 508), que es ORLANDO quien realiza la llamada, al ser la persona que saluda en primer lugar a su interlocutora diciendo el nombre de ésta. Adicionalmente, queda igualmente claro, que ambas personas se conocen y que de conformidad con la afirmación de HELDA, estas llamadas se realizan comúnmente a fin de

acordar encuentros para ORLANDO con mujeres. Ningún otro tema transluce del diálogo. De lo anterior, resulta lógico y atinado, deducir que la comunicación telefónica reproducida en juicio, no se desvía de lo que parece un tema recurrente entre ambas personas: la finalidad de obtener o solicitar por parte de ORLANDO encuentros con mujeres.

Ahora bien, que los encuentros buscados tengan fines sexuales, es posible deducirlo del contenido de la totalidad de interceptaciones a la línea de que hacía uso HELDA MARÍA COLORADO, abonado telefónico 2546030, reproducidos en el juicio oral y que igualmente comprometían a otros individuos, entre otros, aquellos señalados y descritos por las menores víctimas de esta modalidad de explotación sexual que acudieron a los estrados.²²

Pese a todo lo anterior, específicamente, la prueba utilizada por el Tribunal no revela con certeza que el contacto o actividad sexual solicitado o que se pretendía obtener, involucrara menores de 18 años. La llamada aducida no hace referencia expresa y clara a tal ingrediente descriptivo. Tampoco es posible dar un significado literal al término “niñas” allí utilizado, pues el empleo de tal expresión en el lenguaje común, igualmente puede abarcar mayores de 18 años. Y respecto a la inferencia que el ad-quem realizó para concluir que se trataba de mujeres menores, tal colegiatura se abstuvo de mencionar, los medios probatorios que respaldaran el hecho indicador.

Sin embargo, fueron también legalmente aducidas en juicio como prueba, otras tres (3) conversaciones telefónicas entre HELDA y ORLANDO con las que no sólo se ratifica la finalidad de los diálogos entre éstos (acordar encuentros para ORLANDO con mujeres),²³ sino que también, en una de ellos es evidente la intención del interlocutor masculino (ORLANDO) de alcanzar u obtener contacto o actividad sexual con adolescente que no había alcanzado la mayoría de edad. Así se infiere de la comunicación contenida en la evidencia Nr. 11 de la Fiscalía, casete 77, lado B, contador 95 a 117 y el cual se reproduce a continuación:

«IM: Auditoría

IF: Por favor Orlando?

IM: Si, con él.

IF: Hola Orlando.

IM: Hola.

IF: Qué más?

IM: Bien.

IF: Venga, a qué horas va a salir?

IM: A las 4:30.

IF: Bueno, llegó la de 14 muy linda y treinta.

IM: Ajá.

IF: No la conoce. Es muy bonita. Catorce. Por eso primero para usted.

IM: Hágale.

IF: Pa usted?

IM: Si, si, hágale.

IF: Listo pues.

IM: Chao.» 24

Apreciada la conducta allí desplegada, en conjunto con los demás evidencia e información probatoria existente, se colige el interés de quien se identifica como ORLANDO, en obtener por el medio de comunicación utilizado, contacto o actividad sexual con niña de 14 años de edad.

Y si bien en esta particular conversación la iniciativa proviene de quien propone el contacto ilícito, más exactamente de la señora HELDA MARÍA COLORADO NOREÑA, es claro el interés demostrado por ORLANDO, quien desarrolla y/o actualiza una de las conductas finalidad del tipo penal (obtener), al pretender alcanzar, conseguir o lograr el contacto con menores reprochado por el artículo 219A del Código Penal, tal como así se deduce de sus expresiones en la comunicación, tales como: «Hágale» o «sí, sí, hágale».

Incluso, de la comunicación de 14 de agosto de 2009, identificada como evidencia Nr. 12 (casete 100, lado A, contador 151 a 207),²⁵ se escucha cuando luego de manifestar ORLANDO su intención de pasar por la casa de HELDA, preguntando qué o quiénes se encontraba ese día allí, esta última le facilita a su interlocutor el número de «SORAYA», coincidiendo este nombre con el de una de las menores identificadas en el presente asunto como víctimas (I.S.H.S.), quien convocada como testigo a juicio por la Fiscalía, expuso ante la audiencia cómo conoció a HELDA y la forma en que ésta operaba el negocio, ofreciendo muchachas a clientes que la contactaban. Así, anotó la menor I.S.H.S., HELDA buscaba jóvenes como ella, que presentaba en su casa a hombres, para que luego tuvieran relaciones sexuales, dejando en claro que para entonces, la joven contaba con 14 años de edad.²⁶

Luego entonces, la conjunción de las pruebas hasta aquí referidas y legalmente presentadas en juicio, permiten concluir la configuración del tipo penal atribuido en acusación y por el que fuera condenado ORLANDO MURILLO GÓMEZ, razón suficiente para descartar la censura propuesta por el libelista.

2. De la doble conformidad – Examen de legalidad de la sentencia condenatoria emitida por el ad-quem

De los cargos inadmitidos, así como también, de aquellos temas que fueron objeto de debate en sede de segunda instancia, la Corte concluye que son dos (2) los temas centrales controvertidos de la sentencia que revocó la absolución y condenó a los aquí procesados:

- La individualización e identificación de los acusados y

La Sala, en principio, examinará la sentencia del ad-quem en estos dos ítems, para seguidamente, de considerarse éstos ajustados a derecho, verificar el cumplimiento de los presupuestos exigidos por la ley penal para condenar.

2.1. De la individualización e identificación de los implicados

Para los defensores, las pruebas aducidas en juicio no demuestran con la certeza requerida por la ley, que sus representados son las personas cuya voz se escucha en las comunicaciones interceptadas. Al respecto, echan de menos la realización de un cotejo de voces a través del cual se constatará la correspondencia entre interlocutores de las llamadas y procesados, constituyendo además las declaraciones respecto a las labores de identificación de los procesados realizadas por el testigo ABRAHAM GUSTAVO RODRÍGUEZ MORENO, investigador líder, una prueba de referencia que no cumple con los presupuestos para ser admitida como tal en el proceso.

Las argumentaciones de los togados en tal sentido, carecen de cualquier respaldo.

2.1.1. En primer lugar, como lo ha reiterado la Corte de manera constante y unánime, de conformidad con lo reglado por el artículo 373 de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de libertad probatoria «los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por

cualquier otro medio técnico o científico, que no viole derechos humanos». Por lo tanto, si bien el cotejo científico de voces quizás fuese el mecanismo ideal para la identificación de los interlocutores de una conversación, en este caso telefónica, ello no excluye que, como en el presente evento, esa convicción pueda lograrse por otros elementos probatorios.²⁷

En este contexto, como la ley no exige una prueba en particular para identificar a las personas que intervienen en una comunicación telefónica, sino que impone la obligación al funcionario de disponer la práctica de aquéllas necesarias para obtener tal fin, los medios probatorios utilizados por la Fiscalía para probar tal menester, son del todo válidos, pues los mismos se ajustan a los parámetros establecidos por el Código de Procedimiento Penal y no vulneraron garantías fundamentales, tal como se expondrá a continuación.

2.1.2. En el sub-iúdice el proceso de individualización e identificación de quienes fungían como interlocutores en las llamadas objeto de observación y que en últimas demostraron la configuración del tipo penal por el que los implicados resultaran condenados, fue descrito en el juicio por el testigo ABRAHAM GUSTAVO RODRÍGUEZ MORENO, investigador líder, adscrito a la SIJIN.

Explicó RODRÍGUEZ MORENO que una vez identificados los números telefónicos de los interlocutores relevantes para la investigación, que entablaban comunicación ya fuera con HELDA MARÍA COLORADO NOREÑA, MARÍA CARLINA MÚNERA MÚNERA alias «MARINA» o LUZ JENNY TABARES, y de quienes las comunicaciones arrojaron algunos datos (como nombres, ocupación y/o localización), se solicitó a Empresas Públicas de Medellín (EPM), la ubicación de tales líneas telefónicas o dirección en la cual se encontraban reportadas. Una vez obtenida esa información, se realizaban labores de vecindario y visitas a los inmuebles reportados, donde confirmaban los nombres de los interlocutores con la respectiva identificación que aportaban los allí residentes, la cual posteriormente era corroborada con la copia de la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía remitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil. En particular, sobre cada uno de los procesados, el

líder investigador explicó:

LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA: A través de las interceptaciones se supo que esta persona laboraba en la Caja de Compensación Familiar de Antioquia (COMFAMA), a quien se referían como «el pispo de COMFAMA». Como sobre el inmueble en el que residía la señora HELDA MARÍA COLORADO NOREÑA se realizaba vigilancia de cosas, éste señor es observado cuando abandona la casa de HELDA. Es así que con la ayuda de la policía de vigilancia es abordado, lográndose su identificación (nombre, documento de identidad y ocupación). Manifestó ser empleado de COMFAMA, aportando el número telefónico de su oficina, el cual coincidió con aquél abonado obtenido e identificado a través de la interceptación telefónica realizada a la línea utilizada por la señora COLORADO NOREÑA.

Además del testimonio de RODRÍGUEZ MORENO, la menor I.S.H.S. en su declaración rendida en juicio, señaló como uno de sus clientes y que conoció a través de HELDA, al señor LUIS FERNANDO, el de COMFAMA, con quien si bien no tuvieron relaciones sexuales por no haber sido su gusto, sí le presentó a este hombre a su amiga CATHERINE, también menor de edad, con quien supo “siguió saliendo con él”. Elementos que de una u otra forma, confirman el trato comercial ilícito del que participaba LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA.

DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS. Su número telefónico se derivó de la interceptación a la línea utilizada por MARÍA CARLINA MÚNERA MÚNERA, alias «MARINA», quien se comunica con él a dos abonados: uno correspondiente a un local comercial (granero familiar) y el otro al lugar de residencia. Así mismo, anotó el declarante, que en algunas oportunidades, cuando alias «MARINA» contactó menores de edad, les daba el número telefónico de esta persona para que se comunicaran con él. Refirió que solicitada la respectiva información a EPM, les fueron entregadas las dos direcciones, una de un local comercial y otra de una casa familiar. Se presentan a esta última, se identifican como policía judicial, confirmándose los datos biográficos de esta persona, quien como señas particulares, de conformidad con lo escuchado en las interceptaciones y con lo declarado por las menores víctimas I.S.H.S.,

A.M.S.V. y J.D.S.M., posee una tonalidad de voz peculiar y tiene sobrepeso, los cuales confirman los policiales en la verificación a la residencia.

Adicionalmente a la declaración de RODRÍGUEZ MORENO y la descripción que éste hace respecto a este procesado, éstas últimas resultan coincidentes con aquellas exposiciones rendidas en juicio por las menores I.S.H.S, A.M.S.V. y J.D.S.M., quienes señalaron entre sus «clientes» «al gordo de la tienda” la primera; «un gordo que tenía una tienda con el papá cerca a la casa de MARINA (...) gordo, voz ronca, tenía una tienda con el papá, cerca de la casa de MARINA, como a una cuadra (...)», el cual «iba a la casa de Marina a proponerme por cuánto estaba con él», afirmó la segunda de las menores involucradas; y «Diego, el gordo de la tienda, que vive a media cuadra de MARINA y trabaja en una tienda con el papá», refirió la tercera.

NATALIA SUÁREZ VARGAS. El número con el que se relacionó a esta mujer fue identificado a través de las interceptaciones realizados sobre la línea utilizada por alias “MARINA”, correspondiendo a un abonado de telefonía celular adscrito a la empresa COMCEL. La Policía Judicial se contacta con el número obtenido, solicitan identificación de la interlocutora (aporta nombre, cédula, dirección y teléfono fijo), información que es corroborada por la policía cuando acude al lugar reportado.

FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ. De la interceptación a la línea utilizada por LUZ JENNY TABARES se derivó un número fijo (2352014), el cual, de conformidad con la información entregada por EPM se encontraba instalado en un local comercial, no recuerda con seguridad, si estaba relacionado con impresoras. Al verificar la policía judicial en la dirección reportada, llegan a un local comercial de razón social «INDUCERRA», donde el señor FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ se identifica y se presenta como gerente-propietario del lugar. Posteriormente se corrobora su identificación con la tarjeta de preparación de la cédula de ciudadanía entregada por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

La menor J.D.S.M. igualmente en su testimonio, relacionó a uno de los usuarios de los servicios sexuales con menores ofrecidos por HELDA, a «FERNANDO», a quien conoció personalmente, señalando que este personaje trabajaba cerca al domicilio de la proxeneta y «administraba algo».

ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO. De la interceptación al número utilizado por alias «MARINA», se identifica un abonado cuyo usuario siempre manifestó ser el dueño del Hotel San Antonio, frente al parque San Antonio de Medellín y que en algunas llamadas se identificó como ELKIN VARGAS. Remitida por EPM la dirección en la cual se encuentra instalado ese abonado, se corrobora por los investigadores que el mismo corresponde al Hotel San Antonio, donde son atendidos por la esposa de ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO, quien les corrobora que su cónyuge es el propietario de los alojamientos, aportándoles datos biográficos del procesado. De igual manera, afirmó el investigador líder, haber visto en la documentación del hotel, la cual se encontraba expuesta al público en la recepción del local, el nombre completo de ELKIN, quien aparecía como propietario.

También la menor I.S.H.S. señaló en su declaración en juicio a «ELKIN el dueño del hotel San Antonio», como otro de los usuarios de los servicios sexuales con menores de edad ofrecidos por alias «MARINA».

ORLANDO MURILLO GÓMEZ. De las escuchas realizadas sobre la línea utilizada por HELDA se registran llamadas entrantes y salientes del abonado 5247839, cuyo interlocutor se identifica y es identificado como ORLANDO. Incluso, el referido número es igualmente mencionado por esta última persona en algunas de sus conversaciones. A través de EPM se establece que este abonado pertenece a la Contraloría con sede en el edificio de EPM, al lado del Hotel Nutibara. El investigador líder junto con otros colaboradores, acuden al lugar, se identifican como Policía Judicial, siendo informados que el número telefónico, en efecto, pertenece a dicho organismo de control, piso 6º o 7º (no recuerda con claridad el declarante), verificando que el teléfono es usado por ORLANDO MURILLO GÓMEZ en su

oficina, dejando en claro que no es un teléfono «comunitario» o «de todo un piso», sino asignado a una oficina específica. Con la información que reciben en la visita presencial a la Contraloría, solicitan y reciben tarjeta de preparación del documento de identidad de quien responde al nombre de ORLANDO MURILLO GÓMEZ.

WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES. El abonado que resulta ser del señor PATIÑO MONTES se comunica en múltiples oportunidades con la señora HELDA. Esta última a su vez, en varias conversaciones con mujeres comparte con éstas el número de WILLIAM. Refiere el investigador, que de una llamada telefónica se establece que WILLIAM está estrenando apartamento y solicita niñas a HELDA, aportando la dirección del inmueble. Al remitir EPM la ubicación del abonado utilizado, se confirma la dirección, la cual también es corroborada por WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES cuando la Policía Judicial se contacta con éste, aportando sus datos personales.

Adicionalmente, una de las menores involucradas en el negocio ilícito (I.S.H.S.) informó en juicio, haber conocido a través de HELDA a este procesado, de profesión abogado, como uno de los usuarios de los contactos ilícitos ofrecidos por la mujer mencionada.

En este orden de ideas, concluye la Sala que tal conocimiento expuesto tanto por RODRÍGUEZ MORENO acerca de su labor investigativa, la cual conllevó incluso diferentes labores de verificación, como lo manifestado por las menores de edad involucradas, permiten concluir en igual sentido en que lo hizo el ad-quem, que los aquí procesados se encontraban plenamente individualizados e identificados, lográndose así establecer que se trataba de las mismas personas que haciendo uso de la telefonía, pretendían de una u otra forma obtener y/o facilitar el contacto con fines de explotación sexual con adolescentes que no alcanzaban la mayoría de edad.

2.1.3. En punto al tema relacionado con lo declarado por el testigo ABRAHAM GUSTAVO RODRÍGUEZ MORENO y su calificación por el a-quo y algunos defensores como prueba de

referencia que incumple con los presupuestos de ley para ser admitida como tal, considera la Sala errada tal apreciación, teniendo en cuenta las argumentaciones que a continuación se exponen:

Su relato, aportado desde la sesión de juicio oral llevada a cabo el 08 de septiembre de 2010 y al finalizar la reproducción ante la audiencia de cada uno de los segmentos contentivos de las conversaciones que implicaban a cada uno de los procesados, se ajusta a lo que es un testimonio, porque lo reportado obedece a una serie de sucesos que en ejercicio de su labor pesquisidora y en su trabajo como director del grupo de investigadores tuvo la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal, cumpliendo así con los presupuestos exigidos por los artículos 399 y 402 de la Ley 906 de 2004.

2.2. De la legalidad de las interceptaciones de telecomunicaciones

Son dos los temas a través de los cuales la Corte abordará la legalidad de las escuchas telefónicas introducidas como prueba.

- * Introducción de la evidencia a través del testigo de acreditación y

- * Cadena de custodia

2.2.1. De conformidad con el artículo 275 literal f) de la Ley 906 de 2004 las grabaciones, filmaciones y/o videos, entre otros, constituyen elementos materiales probatorios. Su introducción como prueba en el juicio oral, se surte a través del testigo de acreditación, quien se encargará de dar cuenta de su origen, dónde y cómo se obtuvo, así como también en especial, que la evidencia, elemento, objeto o documento realmente es lo que la parte que lo aporta, dice que es.

Tratándose del producto de la interceptación de comunicaciones adelantadas con base en el artículo 236 de la Ley 906 de 2004, esto es, aquellas grabaciones de conversaciones

telefónicas, el artículo 429, inciso segundo ibídem, modificado por el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, prescribe su ingreso como prueba, a través de «[...] uno de lo investigadores que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio o evidencia física».

La norma en cita, vigente desde el momento de su promulgación (24 de junio de 2011, de acuerdo con el Diario Oficial Nr. 48110 de la misma fecha), es aplicable en forma inmediata al caso bajo estudio, en virtud de su naturaleza instrumental. Lo anterior no significa, para el caso en particular, que la introducción como prueba de las grabaciones magnetofónicas realizada en sesión de audiencia adelantada antes de la promulgación de la norma en cita,²⁸ fuese irregular, por haber servido como testigo de acreditación de las mismas el investigador líder del caso y no el técnico de la respectiva sala de interceptaciones, que, de haber sido el caso, escuchó y grabó en el momento exacto de su ocurrencia las respectivas conversaciones telefónicas. Ello, como quiera que la normativa entonces vigente no lo prohibía y mucho menos se incumplía con ello el mandato establecido por el artículo 402 del Código de Procedimiento Penal (conocimiento personal y directo del testigo), pues tratándose de este tipo de acto de investigación, tal y como lo explicó el intendente GUSTAVO ABRAHAM RODRÍGUEZ MORENO, el registro de las conversaciones telefónicas se realizaba a través de un mecanismo automático a través del cual, cada vez que éstas se producían, grababa las comunicaciones en los casetes de cinta magnética. Una vez éstos colmaban su capacidad, eran escuchados por el equipo de trabajo para posteriormente ser rotulados, embalados, sellados y remitidos con su cadena de custodia a la bodega de evidencia. Luego entonces, cualquier integrante del equipo de trabajo investigador, estaría facultado para servir como testigo de acreditación de los diálogos almacenados en los casetes producto de las interceptaciones.

En todo caso, al tratarse de elementos materiales probatorios descubiertos y puestos a disposición de las partes desde la audiencia de formulación de acusación, de no coincidir el contenido de aquellos reproducidos en juicio como prueba con los inicialmente descubiertos

a los defensores, bien podrían haber atacado su mismidad, situación que no fue controvertida en aparte alguno del procedimiento.

En este contexto, las escuchas telefónicas aportadas por la Fiscalía en el juicio oral como prueba, cumplieron a cabalidad las reglas establecidas por la Ley 906 de 2004 para su introducción y acreditación.

2.2.2. En lo relacionado con la cadena de custodia a la que debían someterse las grabaciones producto de la interceptación telefónica a los abonados utilizados por HELDA MARÍA COLORADO NOREÑA, MARÍA CARLINA MÚNERA MÚNERA y LUZ JENNY TABARES, es claro para la Sala, que las inconsistencias que se hubiesen podido presentar en tal procedimiento, en principio, no tiene como consecuencia la exclusión de las grabaciones. Más bien, lo que resulta de ello es la posibilidad de cuestionar su mismidad, situación que nunca fue argumentada en tal sentido por la defensa técnica.

Tal como se anotó en precedencia, el resultado de las interceptaciones telefónicas realizadas en desarrollo de la investigación, fue debidamente descubierto por el representante de la Fiscalía y puesto a disposición de las partes en la oportunidad procesal reglada para ello, esto es, desde la audiencia de formulación de acusación adelantada el 30 de abril de 2010 ante el Juzgado 15 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la ciudad de Medellín.

Luego entonces, si existían dudas de que lo reproducido en juicio no era el contenido de las conversaciones interceptadas y descubiertas o que se produjeron en momento diferente al señalado por la Fiscalía, entre otras situaciones que pudieran generar interrogantes respecto a su autenticidad, así pudieron haberlo cuestionado los abogados de cada uno de los procesados. Sin embargo, en ninguna de sus intervenciones los defensores mencionaron incongruencias en tal sentido.

La Corte de manera reiterada y unánime, ha considerado que la inobservancia de los

protocolos de cadena de custodia, no afecta la legalidad de la prueba, sino eventualmente su autenticidad, último concepto que difiere de aquél relacionado con su legalidad. En este sentido la Sala ha indicado:

«(...) El principio de legalidad de la prueba tiene que ver con el acatamiento de las condiciones que la ley ordena cumplir en el proceso de formación, producción o incorporación del medio, para que adquiera validez jurídica, mientras que la autenticidad guarda relación con el cumplimiento de los procedimientos legalmente establecidos para su protección o conservación a partir de su descubrimiento o recaudo.

«Las consecuencias de la inobservancia de estos protocolos son diferentes. Si las condiciones de legalidad de la prueba se incumplen, la ley ordena dar aplicación a la regla de exclusión, lo cual implica su separación del debate, pero si los procedimientos que dejan de acatarse son los referidos a la cadena de custodia, esta inconsistencia solo podría eventualmente afectar la aptitud probatoria del medio.

«Lo anterior, porque la cadena de custodia es solo un medio a través del cual se demuestra la autenticidad, no siendo el único, en cuanto la propia ley establece la posibilidad de hacerlo en forma distinta cuando no se ha cumplido, o cuando lo ha sido irregularmente, alternativa que impide albergar como opción la aplicación de la regla de exclusión cuando la cadena de custodia no se cumple,

«(...)

«La ventaja que se deriva del cumplimiento del protocolo de cadena de custodia es que releva a la parte que presenta el elemento probatorio o la evidencia física del deber de demostrar su autenticidad, pues cuando ello ocurre la ley presume que son auténticos. Y la desventaja de no hacerlo es que traslada la carga de la acreditación de la indemnidad del elemento probatorio o de la evidencia física a quien la presente.

«Las precisiones que vienen de hacerse encuentran también sustento en el artículo 273 ejusdem, que consagra los criterios que deben tenerse en cuenta en la valoración de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, de cuyo contenido surge claro que los juicios de legalidad y de autenticidad responden a momentos distintos, (...)».²⁹

Así pues, el reparo formulado por los defensores respecto a la legalidad de las interceptaciones telefónicas carece de sustento legal.

2.3. Del cumplimiento de los presupuestos para condenar

Concluida la legalidad de las pruebas y su valoración, relacionadas tanto con la individualización e identificación de los procesados, como también, de las escuchas telefónicas, enseguida verificará la Corte el cumplimiento de los presupuestos para condenar.

De conformidad con el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, toda declaratoria de responsabilidad penal requiere el conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, lo que se traduce en la comprobación, en el grado de certeza, del tipo penal objetivo y del subjetivo, que conforman las conductas delictivas juzgadas.

Premisa normativa

Siguiendo el marco jurídico por el que se elevó pliego de acusación, en el presente asunto se procede por punible identificado con el nomen iuris «utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años», descrito en el artículo 219A del Código Penal y cuyos elementos constitutivos fueron detallados al inicio de las presentes consideraciones (1.1.1.).

En suma, configura el delito en mención, la utilización o facilitación de cualquier medio de

comunicación, entre ellos la telefonía, a fin de obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad sexual con persona que no haya cumplido la mayoría de edad. Comportamiento, que como bien se expuso, debe darse dentro de un contexto de explotación de menores de edad.

Premisas fácticas

En el sub iúdice y como premisas fácticas, demostró la Fiscalía a través de las interceptaciones telefónicas traídas a juicio y los testimonios tanto de algunas de las menores involucradas, como del investigador líder, la configuración de los elementos constitutivos del punible descrito en el artículo 219A de la Ley 599 de 2000.

La Corte procederá entonces a referirse a la conducta demostrada desarrollada por cada uno de los acusados:

LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA:

Se presentaron las evidencias Nro. 8 y 9, correspondientes a interceptaciones a la línea utilizada por HELDA MARÍA COLORADO NOREÑA, alias MARINA.

En la primera (evidencia Nr. 8), esta última recibe una llamada del número que posteriormente se confirmó pertenecía al lugar de trabajo del señor CALLE ZAPATA en la caja de compensación familiar COMFAMA (ver proceso de identificación e individualización en punto 2.1.). En ella, el interlocutor masculino indaga por el arribo de una persona a la residencia de HELDA.

En el diálogo pregunta CALLE ZAPATA: «Qué más? Bien o no? Nada? No ha llegado?», a lo que la mujer responde en forma negativa, informando que en la noche anterior llegaron «muchas amigas», pero ninguna del gusto de LUIS FERNANDO, quien afirma la interlocutora, “la quiere mas bien delgada”. Por ello, HELDA le dice que la llame más tarde.

Posteriormente, en la evidencia Nr. 9, se presenta una conversación entre HELDA y la menor de edad I.S.H.S., de la que se extracta el siguiente diálogo:

«IF: Veá que por aquí está Fernando

IF2: Cual?

IF: El pispo de Comfama. Pero usted sabe que él da poquito. Usted verá si quiere bajar. Diga pues, entonces

IF2: Ya bajo pues.

IF: Un ratico y le pagamos taxi. Baje pues rapidito.»

Compareció a juicio la menor que participa en la comunicación citada en precedencia, I.S.H.S., quien para la época de la llamada interceptada contaba con 14 años de edad. Relató la joven conocer a HELDA desde entonces, quien la contactaba para presentarle hombres, a fin de tener relaciones sexuales con ellos. Así, relató la joven, “yo iba a la casa de ella, conocía a la persona y luego teníamos relaciones sexuales”. Entre los hombres que conoció con tal propósito señaló a Luis Fernando, el de Comfama, respecto de quien aclaró, no llegó a tener relaciones sexuales con él, habiéndole presentado a su amiga Catherina, con quien sí se acostó el procesado.

DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS:

En su contra se presentaron las evidencias Nr. 17 y 18, contentiva de varias llamadas telefónicas –entrantes y salientes – interceptadas a la línea 5165226 utilizada por MARÍA CARLINA MÚNERA (alias MARINA). En unas (casette 10, contador 040 a 076 del lado B; contador 120 a 124 del lado B; contador 518 a 531 del lado B; y cassette 20, contador 145 a

166 del lado B) su interlocutor es DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS, en las cuales, en últimas lo que se aprecia es el interés de éste, en acordar encuentro con fines sexuales con mujeres que le provee alias MARINA.

Las otras llamadas incluidas en la evidencia 17, corresponden a comunicaciones de alias MARINA con jóvenes mujeres, para que se contacten con DIEGO, a fin de prestarle el servicio sexual deseado por éste.

Entre otros, se citan los siguientes diálogos:

“(...) IM: oíste, llamá a la pelada que tiene la niña

IF: Cual?

IM: La que tiene la niña chiquita pa mamarle las tetas

IF: A Marcela?

IM_ SI

IF: A Alejandra?

IM: Si, sí.

IF: A qué horas?

IM: A la hora que quiera (...)”

“IF: Aló

IF2: Alejandra?

IF: Si

IF2: Que subás a las dos acá a donde Diego.

IF: Dónde quién?

IF2: Diego

IF: Y a qué?

IF2: Pues a qué, no va a ser a rezar hombre maricon

IF2: Que suba a las dos, pa mamate las tetas, para hacerle la paja maricon, está sorda? O qué? Te chupa las tetas y te da 20, pero no se lo tiene que comer.

IF: ahhh. (...)

"(...) IF: Quién habla?

IM: Diego

(...)

IM: No ha llegado aquella?

IF: ahí llegó pero llegó el hombre, cuando el hombre se vaya yo te llamo.

(...)

IM: pero no me vaya a dejar así.

IF: que qué?

IM: no me vaya a dejar con el chimbo parado

IF: ah bueno, hágale pues. (...)”

Además de las anteriores llamadas, se cuenta con el testimonio de las menores involucradas I.S.H.S, A.M.S.V. y J.D.S.M., quienes, como ya se anotó, señalaron entre los hombres que conocieron a través de MARINA para tener contacto sexual, a quien se identificó posteriormente como DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS.

NATALIA SUÁREZ VARGAS, FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ y ORLANDO MURILLO GÓMEZ

Respecto a las pruebas legalmente introducidas al juicio en contra de estos tres procesados y el comportamiento a través de éstas demostrado, la Sala se remitirá a las pruebas ya mencionadas en el análisis de los respectivos cargos elevados en la demanda de casación y que en últimas refieren la demostración del tipo penal objetivo constitutivo del delito investigado.

ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO:

La Fiscalía introdujo como prueba en contra de este acusado, las evidencias Nrs. 14, 19, 20 y 21 correspondientes a conversaciones interceptadas a la línea de que era usuaria MARÍA CARLINA MÚNERA (alias MARINA) (5165226), quien recibe llamadas de quien se identifica como ELKIN VARGAS.

En general, el contenido de los diálogos escuchados indica la existencia de un negocio de proxenetismo. En este sentido, entre otros:

“(...) IF: Y cuándo va a venir?

IM: Yo la tenía en cuenta esta semana, yo la llamé y no me contestó. Yo tenía una opción de

salida, pero no. Y qué ha habido de nuevo por ahí? Bien? Algo bien?

IF: Pues claro, tiene que ser una nueva pero usted me avisa cuándo y yo le tengo una bien querida.

IM: si? Mas o menos bien, como usted sabe.

IM: avemaría

IF: Imagínese, como será que está más querida que la otra, Y la otra estaba muy querida, si o qué?

IM: Si.

IF: ésta está todavía más querida, más amable, pa todo. Más completa, es una muchacha buena, bonita y muy troza.

IM: Pues entonces yo le aviso, Yo le pego una charladita, vamos a ver si de pronto de aquí a mañana.

(...)

IF: Oiga, la tengo pero muy querida, le tengo dos muy queridas.

IM: Tranquila, yo le pego el saludito de todas maneras este fin de semana y si no, la otra semana estoy en contacto.

IF: Bueno don Elkin, que esté muy bien.

IM: Hasta luego y que esté muy bien."

"(...) IF: Buenas tarde.

IM: Con Elkin Vargas. Cómo le va?

(...)

IM: Qué hay de bueno para ir a visitarla?

(...)

IF: Sí tiene tiempo. Yo le comenté a la pelada.

IM: Qué dijo la pelada?

IF: Que sí.

IM: Y?

IF: Pero es que son dos hermanas. La mayor tiene 19, la otra tiene como 17.

(...)

IM:Cuál es mejor?

IF: Pues yo me imagino que es mejor la mayor, La otra es como muy...

IM: Muy tranquila...

IF: Muy bonita si, pero muy... Usted dice que las peladitas no le sirven.

IM: No, si hay unas que son muy echadas pa delante. Lo importante es que sean bien presentaditas.

IF: Ah no, esta es muy bonita,

(...)

IM: Bueno, usted mire una que sea bien elegante y si quiere ahorita me dice y subo. (...)"

Conversaciones en las que además, en algunas de ellas se conoce la edad de las mujeres, con quienes se persigue obtener el contacto sexual, así:

"(...) IF: Quien habla?

IF: Oiga, ahí le averigüé. Tengo una pelada para mañana. Pero es una reina.

IM: Pero que sea mercancía nuevecita, hermana.

(..)

IM: Óigame y cuénteme qué modelito es? En seguida charlamos de eso que nada mas tengo una moneda de 200 (...)

IM: Y entonces cuénteme.

IF: y entonces, mañana puede?

IM: Pero que sí justifique pues. Pero que sea una cosa bien pa justificar la sacada del rato.

IF: Es una belleza

IM: si) Qué modelo es?

IF: Yo le pongo por ahí 15 años.

IM: ah, está bien.

IF: es muy linda.

IM: está bien entonces. (...)"

"(...) IF: (...) está trabajando?

IM: Hoy estoy un poquito ocupadito.

IF: Le tenía una pelada tan linda, pero la pelada es familiar mío. Es una culicagada hermosa.

IM: Y nueva?

IF: bacana, bacana. E eso es que posa, es una belleza.

IM: Y nuevecita?

IF: tiene por ahí 16 años. (...)"

También trajo a juicio la representante del ente acusador, el testimonio de la menor de edad I.S.H.S., quien como ya se anotó en precedencia, manifestó a la audiencia haber conocido a ELKIN, el del Hotel San Antonio, a través de MARINA, quien la contactaba con el fin de presentarle hombres, para tener relaciones sexuales con ellos.

WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES:

En contra de PATIÑO MONTES, obran las evidencias Nrs. 1 a 7, resultado de la vigilancia y grabación a la línea telefónica MARÍA CARLINA MÚNERA (alias MARINA), y que corresponden a llamadas entre esta última y quien posteriormente se individualizó e identificó como WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES. Entre los diálogos más significativos se destacan:

"IF: Aló

IM: Que hubo Marina.

IF: Quién habla?

IM: William Patiño (...)

IM: (...) Ahorita a lo mejor hablamos allá. Voy con una gente de Entrerríos.

IF: Sí?

IM: Si, para que tenga una amiga

IF: Ah listo. Usted no es sino que llame a Isabel y Soraya y ahí mismo le caen.

IM: No. Quiero algo novísimo y riquísimo. (...)

IF: Me llama para conseguirle más niñas bien lindas.

IF: Listo pues.

IM: Hasta luego y gracias".

"(...) IM: Qué hay para miguelito, bien bueno?

IF: jajaja... pero usted si se está volviendo tremendo pues mijito.

IM. Bueno, dígame pues.

IM: mmm

IF: No, no hay así como ninguna. Esas cobran 40 o 50.

IM: No problema.

(...)

IM: Ve, y que tal Isabel?

IF: Llámela. Está bonita, flaquita y todo.

(...)

IM. Y cómo es el teléfono de Soraya? (...)”

“(...) IF: Oiga, y qué hay de chicas?

IM: Pa eso la llamo.

IF: Ah, pero son careras, Traen unas de 1 y 3

IM: Cuántos?

IF: Uno, tres.

IM: ayayay (...)”.

En concordancia con las anteriores conversaciones, declaró una de las jóvenes involucradas en la red de proxenetismo descubierta, I.S.H.S. igualmente haber conocido en este contexto y con la finalidad tantas veces mencionada, al abogado de profesión, WILLIAM PATIÑO.

Finalmente, el conjunto de interceptaciones telefónicas a los abonados telefónicos 2546030, 5165226 y 5717371 del que eran titulares y/o usuarias, en su orden, las señoras HELDA MARÍA COLORADO NOREÑA, MARÍA CARLINA MÚNERA (alias MARINA) y LUZ JENNY TABARES, escuchadas en juicio, dejan ver, en efecto, que estas tres personas se dedicaban al ofrecimiento a terceros – que las contactaban telefónicamente – de servicios sexuales con mujeres menores de edad, que éstas procuraban para tal fin, ofreciéndoles dinero a cambio, utilizando además sus residencias para los encuentros propiciados. Así igualmente lo

reconocieron estas tres mujeres, cuando aceptaron su responsabilidad dentro de esta misma actuación y que provocó la terminación anticipada del proceso para ellas.

Subsunción de los hechos en la norma

El conjunto de las anteriores pruebas legalmente aducidas en juicio, sumado a la forma como se individualizó e identificó a cada uno de los procesados, permiten concluir más allá de toda duda, que LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA, DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS, NATALIA SUÁREZ VARGAS, FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ, ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO, ORLANDO MURILLO GÓMEZ y WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES se comunicaban vía telefónica con HELDA MARÍA COLORADO, LUZ JENNY TABARES o MARÍA CARLINA MÚNERA MÚNERA, alias “MARINA”, para obtener y/o solicitar contacto o actividad sexual con jóvenes mujeres que aún no habían alcanzado la mayoría de edad. Luego entonces los hechos demostrados, tal como lo concluyó el Tribunal en la sentencia de segunda instancia, encuentran subsunción en la conducta descrita en el artículo 219A del estatuto penal.

Conductas que tuvieron ocurrencia, dentro de un contexto de explotación sexual de menores, en el que se pudo avizorar una red, si bien rudimentaria, sí consolidada, en la que es posible identificar cada una de las partes de la cadena de la prostitución infantil: proxenetas, intermediarios, demandantes de los servicios sexuales con menores e incluso las mismas víctimas, jovencitas entre los 13 y 17 años de edad. Así se desprende no sólo de las conversaciones obtenidas a través de las escuchas telefónicas obtenidas, sino también, de la aceptación de cargos de las mujeres mencionadas, quienes habiendo sido procesadas bajo esta misma cuerda procesal, admitieron su responsabilidad en los delitos imputados por la Fiscalía General de la Nación.

Antijuridicidad de las conductas punibles hasta aquí analizadas y culpabilidad de los procesados en ellas

De la prueba aducida en juicio, analizada en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica, emerge igualmente la antijuridicidad de cada una de las conductas desplegadas por cada uno de los aquí acusados, quienes vulneraron los bienes jurídicos de la libertad, integridad y formación sexuales de quienes aún carecían de autonomía personal, protegidos por la ley a través de la elevación a la categoría de delito, de conductas como las que fueron objeto de análisis, sin que se vislumbre el más mínimo indicio de que su actuar haya estado amparado en causal de ausencia de responsabilidad.

Finalmente, en punto a la culpabilidad reprochable a cada uno de los acusados, encuentra la Sala que LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA, DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS, NATALIA SUÁREZ VARGAS, FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ, ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO, ORLANDO MURILLO GÓMEZ y WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES realizaron como imputables las acciones delictivas hasta aquí analizadas, en los términos ya establecidos.

Se trata de personas mayores de edad, bien orientadas en el tiempo y en el espacio, que han procedido en las actuaciones judiciales a las que asistieron como personas de mente sana, dueñas de sus actos, sin que se advierta evidencia alguna que indique incapacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, o que hubiesen obrado al amparo de causal de ausencia de responsabilidad. Luego entonces, les era exigible comportarse acorde con las reglas que regulan la convivencia social y por ende, sus conductas son punibles y merecedoras del juicio de reproche mediante la imposición de la sanción correspondiente.

En suma, el material probatorio legalmente aducido en juicio y con base en el cual el ad-quem condenó a los aquí procesados, le confirma a la Sala la existencia de prueba suficiente para declarar en el grado de certeza requerido por la Ley, la declaratoria de responsabilidad penal en los términos concluidos por el Tribunal, deduciéndose en consecuencia, la legalidad de la condena.

3. Conclusión

En este orden y de conformidad con lo hasta aquí razonado, la Corte resolverá no casar el fallo de segunda instancia impugnado, manteniéndose incólume la condena declarada en contra de éstos, la cual, una vez examinada en su legalidad en garantía del principio de la doble conformidad, cumple igualmente con los presupuestos exigidos por el Código de Procedimiento Penal (artículo 381) para condenar.

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 la Ley,

RESUELVE:

Primero: NO CASAR la sentencia de 30 de agosto de 2016 emitida por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual revocó en su integridad la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 12 Penal del Circuito de la misma ciudad, para en su lugar condenar a los procesados ORLANDO MURILLO GÓMEZ, FRANCISCO FERNANDO DE JESÚS ORTIZ VÉLEZ, WILLIAM DE JESÚS PATIÑO MONTES, NATALIA SUÁREZ VARGAS, LUIS FERNANDO CALLE ZAPATA, ELKIN DE JESÚS VARGAS MORENO y DIEGO IVÁN VALENCIA RÍOS, como autores responsables por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para actividades sexuales con menores.

Segundo: En garantía del principio de la doble conformidad, declarar la legalidad del fallo condenatorio proferido por primera vez por el Tribunal Superior de Medellín en contra de los aquí procesados.

Comuníquese, cúmplase y devuélvase al Despacho de origen.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Gaceta 302 de 10 de septiembre de 1999, pág. 10 y ss.

2 Gaceta 302 de 10 de septiembre de 1999, pág. 10 y ss.

3 Gaceta 160 de 02 de mayo de 2001.

4 Cfr. Diccionario de la Lengua Española RAE [Internet], disponible en:
<https://dle.rae.es/utilizar> [01.12.2020].

5 Cfr. Diccionario de la Lengua Española RAE [Internet], disponible en:
<https://dle.rae.es/facilitar?m=form> [01.12.2020].

6 En este sentido Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal,

Quinta Ed., Traducción de Miguel Olmedo, pág. 282.

7 Confrontar artículo 6 de la Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”.

8 CSJ, SP4573-2019, de 24 de octubre de 2019, Rad. 47234. Es importante dejar en claro que esta interpretación se ajustó en la decisión CSJ AP4235-2020, Rad. 51626, respecto de la correcta comprensión del delito de pornografía con personas menores de 18 años descrito en el artículo 218 del Código Penal, modificado por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009. Aclaró en esa oportunidad la Sala, que si bien la mayoría de conductas descritas en el artículo 218 del Código Penal tienen que ver con la explotación sexual y el uso comercial de la pornografía –principal razón de ser de la inclusión de esta conducta en el capítulo de la explotación sexual—, ello «no limita otras lecturas posibles a partir de la expresión para su propio uso, frase que complica el ensayo de reducir el desvalor de la conducta exclusivamente a la finalidad, dejando de lado modalidades ofensivas de la conducta». Interpretación reiterada recientemente en SP370-2021 de 17 de febrero de 2021, Rad. 56659.

9 Ibídem.

11 El nuevo texto reza: «El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)». (Negrita fuera de texto y corresponde a los elementos descriptivos adicionales).

12 Congreso de la República, Informe de Ponencia para Cuarto Debate al Proyecto de Ley Número 146 de 2008 Cámara, 181 de 2007 Senado, Gaceta del Congreso, Nr. 463 de 09 de junio de 2009.

13 El nuevo texto reza: «El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (...)». (Negrita fuera de texto y corresponde a los elementos descriptivos adicionados).

14 Congreso de la República, Informe de Ponencia para Cuarto Debate al Proyecto de Ley Número 146 de 2008 Cámara, 181 de 2007 Senado, Gaceta del Congreso, Nr. 463 de 09 de junio de 2009.

15 CSJ, Sentencia de 14 de agosto de 2012, Rad. 39160.

16 CSJ, sentencia de 18 de febrero de 2000, Rad. 12820; en el mismo sentido, sentencias de 10 de mayo de 2001, Rad. 4605 y de 09 de marzo de 2006, Rad. 23755.

17 Jescheck H-R./ Weigend T., Tratado de Derecho Penal PG, traducción Olmedo Cardenete, quinta edición, 2002, págs.792 y s.

18 Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, 1978, pág. 175.

19 Término que comprende, entre otras: (i) Las «actividades sexuales o eróticas remuneradas con menores de edad». No se limita a actividades de acceso carnal, sino además cualquier otra forma de acto sexual que implique acercamiento físico (o

virtual) entre la víctima y el explotador, así como el pago u otro tipo de remuneración por la prestación del servicio, ya sea al menor o a un tercero. Cfr. CSJ, SP4573-2019, de 24 de octubre de 2019, Rad. 47234.

20 Entre otras providencias, CSJ, SP168-2021, de 03 de febrero, Rad. 57264; SP4088-2020, de 14 de octubre, Rad. 55745; SP755-2020, de 04 de marzo, Rad. 51975; SP5559-2019, de 12 de diciembre, Rad. 51120; SP2042-2019, de 05 de junio, Rad. 51007; y SP5513-2018, de 11 de diciembre, Rad. 45470.

21 IM: interlocutor masculino. IF: interlocutor femenino.

22 Así, las jóvenes I.S.H.S., A.M.S.V. y J.D.S.M.

23 Así, la segunda conversación que hace parte de la evidencia Nr. 10 de la Fiscalía, casete 18, lado A, contador 054 a 072: «IF: Alo. IM: Quiubo Helda. IF: Hola. IM: Bien? O no. IF: Sí, qué mas? Usted tan perdido. IM: no, estaba de vacaciones (...) IM: Y qué más? IF: Por ahí ha habido un. Poco de niñas. Pero es que yo he llamado y no me han contestado. IM: Es que no estaba aquí. IF: mmm. No fregués. Han llegado un poco de niñas lo más de queridas. A ver, mañana trabaja y a qué hora sale? A la hora del almuerzo de pronto puede? IM: Ahhh siiii. IF: Si? A ver de las que llegaron nuevas, si querés te mando una para mañana a la hora del almuerzo. IM: ah bueno, hágale. IF: Cómo es que es tu teléfono? 514 ... IM: ... 7839. IF: ah... el que yo tengo. Me comunicaban de una parte a otra y bueno nada, no me contestaban. Yo mañana te llamo para las 12. Pa que vengás cuando salgas. Listo? IM: Si, listo. Bueno. Pero que sea bien pues. IF: Claro que sí. IM: Bueno. IF: Chao pues. IM: Chao.».

Además de las evidencias Nrs: 11 y 12 (casete 77, lado B, contador 95 a 117 y casete 100, lado A, contador 151 a 207), reproducidos en sesiones de audiencia de juicio oral adelantadas el 06 de octubre de 2010 y 01 de febrero de 2012.

24 IM: interlocutor masculino. IF: interlocutor femenino. Registro de audiencia de 01 de febrero de 2012, minuto 36:43 y ss.

25 Audio de audiencia adelantada el 01 de febrero de 2012 (05001600000020100023800_050013109012_1, minuto 32:18).

26 Audio de audiencia adelantada el 04 de junio de 2012.

27 “(...) el cotejo de voces es un medio idóneo pero no el único para identificar a los partícipes en una comunicación telefónica, de manera que cuando las circunstancias del proceso impiden llevarlo a cabo, habrá de acudir a otros medios probatorios que hagan posible establecer quién es el que interviene en ella”. (CSJ SP, sentencia de 07 de noviembre de 2012, Rad. 37394; CSJ SP, sentencia de 27 de octubre de 2004, Rad. 22639; y CSJ AP490-2014, de 12 de febrero, Rad. 39069).

28 Sólo aquella sesión adelantada el 02 de junio de 2011.

29 CSJ, AP de 27 de junio de 2012, Rad. 34867.