

TEMA: SOLICITUD DE PRECLUSIÓN - Las decisiones mediante las cuales se decreta la preclusión, tienen fuerza de cosa juzgada, y por ello, para su decreto, se exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma exista conocimiento más allá de toda duda razonable. / **CAUSAL DE PRECLUSIÓN “ATIPICIDAD DEL HECHO INVESTIGADO”** - La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal. / **TIPO PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 217-A DEL CÓDIGO PENAL** - Este delito parte de una solicitud o demanda de una actividad sexual, sin importar el medio utilizado para el efecto, solo debe mediar esa solicitud y una promesa de pago en dinero, especie o una retribución de cualquier naturaleza. /

HECHOS: Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la Defensa del procesado y por la Representación de Víctimas, en contra de la decisión adoptada el día 23 de mayo de 2023, por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, y por medio de la cual se negó el decreto de la preclusión solicitada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 con sus modificaciones. El juez de primera instancia no accedió al decreto de la preclusión de la investigación elevada por la Fiscalía, y coadyuvada por el representante de la víctima y la defensa técnica del imputado. Tanto la delegada Fiscal, el representante de víctimas y el defensor interpusieron recurso de apelación en contra de la anterior decisión, argumentando que se estaba en presencia de la causal 4ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, es decir, ante una atipicidad de la conducta. Por lo anterior, corresponde a la Sala establecer si en este caso, es acertada la decisión adoptada en primera instancia, al no acceder al decreto de la Preclusión, por estimar que no se estructura la causal alegada, Atipicidad del hecho investigado, contenida en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

TESIS: Para resolver el problema planteado, lo primero que se impone es recordar que la Fiscalía General de la Nación, está asistida por las facultades necesarias para elevar la solicitud de preclusión de la investigación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 250 de la Constitución Política, según el cual, el ente acusador debe comparecer ante el Juez de conocimiento para deprecarla, cuando no hubiere mérito para acusar, en tanto que bajo el rigor de la Ley 906 de 2004, artículo 331, a ello debe avocarse el ente acusador cuando no existiere mérito para acusar, y siempre que se encuentre cabalmente demostrada alguna de las causales que la autorizan, entre ellas, las contenidas en los numerales 3º y 4º del artículo 332 de la normatividad en cita, referidas a la Inexistencia del Hecho Investigado y a la Atipicidad del Hecho Investigado. (...) Así, es importante tener presente que las decisiones mediante las cuales se decreta la preclusión, tienen fuerza de cosa juzgada, y por ello, para su decreto, se exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma exista conocimiento más allá de toda duda razonable. Sobre el tema ha dicho reiteradamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que: “...Acerca de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que, si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite...”. (...) Frente a la causal de preclusión prevista en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, atipicidad del hecho investigado, ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 24 de mayo de 2017, que: “...La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible. Dicho, en otros términos, se trata de la constatación naturalística y ontológica de la ocurrencia efectiva de un actuar

humano que no encuentra correspondencia plena y cabal con ningún precepto normativo previsto en el Estatuto Punitivo...”. (...) La Corte ha mantenido la postura vertida en la sentencia SP15490-2017, radicado 47862, cuando consideró que la descripción del tipo no establece para su configuración, que exista una red dedicada a la prostitución infantil de la que emerja la promesa de retribución, basta con que exista una solicitud o demanda de servicios sexuales, para que se agote la conducta, sólo se requiere de la propuesta, independientemente de que sea o no atendida por su destinatario, y de que se efectúe el pago. (...) En definitiva, se ha insistido por parte de la referida Corporación, en que este delito parte de una solicitud o demanda de una actividad sexual, sin importar el medio utilizado para el efecto, solo debe mediar esa solicitud y una promesa de pago en dinero, especie o una retribución de cualquier naturaleza, es decir, el contexto de explotación requerido es aquél en el que se utiliza la corporeidad o sexualidad del niño, niña o adolescente para que, a cambio del pago, promesa o retribución, acceda a las pretensiones lascivas o de tipo sexual del agente, y es esa transacción la que se castiga para quien funge como cliente, (sentencia SP2348-2021, radicado 49546), lo que cobija a todos los menores de 18 años, y basta ello para predicar que se configura el punible de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años, tipificado en el artículo 217A del Código Penal, porque de ninguna manera ni la jurisprudencia ni la ley, han desarrollado un entendimiento dirigido a descartar que la conducta afecte al mayor de 14 y menor de 18 años, porque no se trata de disponer libremente de su sexualidad, en la medida en que se despliegan o el acceso o los actos eróticos, a petición de quien funge como cliente, y a cambio de esa retribución, pago o promesa.

M.P. CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN

FECHA: 30/04/2024

PROVIDENCIA: AUTO

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, Antioquia, treinta de abril de dos mil veinticuatro.

Interlocutorio	008
Procesado:	JUAN CARLOS EUSSE MACÍAS
Delito:	Demanda de Explotación Sexual Comercial con menor de 18 años.
CUI:	05 001 60 00248 2022 00115
Tema:	Preclusión por Atipicidad del Hecho Investigado.
Asunto:	Decisión de segunda instancia.
Procedencia:	Juzgado Trece Penal del Circuito.
Funcionario	Juan Gonzalo Cardona
Decisión:	Confirma
Magistrada Ponente:	CLAUDIA PATRICIA VASQUEZ TOBON.
Acta de Aprobación:	082 de la fecha

1. EL ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la Defensa del señor **JUAN CARLOS EUSSE MACÍAS** y por la Representación de Víctimas, en contra de la decisión adoptada el día 23 de mayo de 2023, por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, y por medio de la cual se **negó el decreto de la preclusión** solicitada por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, con fundamento en la causal 4ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004 con sus modificaciones.

ANTECEDENTES.

HECHOS:

Al momento de formularse imputación, el día 23 de noviembre de 2022, se fijaron los hechos por parte de la señora delegada de la Fiscalía General de la Nación, del siguiente modo:

*“...Entre los primeros meses del año 2022, en la ciudad de Medellín, el ciudadano **JUAN CARLOS EUSSE MACÍAS**, atentó en contra de la libertad, formación e integridad sexual del adolescente S.A.O.B de 14 años de edad para la época de los hechos. La víctima manifestó que **EUSSE MACÍAS** lo conoció mediante Alejandro, y **JUAN CARLOS**, le ayudó a arreglar la bicicleta, le subió al gallinero y le pidió que le chupara el pene, y S le chupó el pene dos veces, las dos veces le pagó dos mil pesos, la primera vez fue cuando le arregló la bicicleta y la segunda, la bicicleta la dejó abajo, ellos subieron y esa vez, **JUAN CARLOS**, le tapó los ojos con la camiseta, lo llevó cargado al menor, y aclara que cuando le chupó el pene y le dio mucho dolor en la garganta y le dio asco...*

(...) Se le imputa a título de autor, la presunta comisión del delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial con Menor de 18 años, respecto al adolescente SAOG, de 14 años de edad, conducta descrita en el artículo 217A del Código Penal, mismo que es Demanda de Explotación Sexual Comercial con persona menor de 18 años, y el artículo nos indica:

“El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.”

Importante resaltar en este momento el parágrafo que indica que el consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.

La señora Jueza, en el minuto 00:15:20, advirtiendo que era necesario se precisaran algunos componentes del tipo, solicitó precisar cuál era el verbo rector atribuido y si en el contexto de ese mismo delito, se trataba de actos sexuales o de acceso, momento en el que la señora Fiscal señaló:

“... En el caso de la conducta es acceso carnal, toda vez que el menor indica que le hacía chuparle el pene y le daba el dinero a él por esta conducta” (se interrumpe intervención).

Así también indicó en el minuto 00:18:37, luego de que la Directora de la Audiencia le pidiera aclarar lo que respecta al verbo rector atribuido, y si se trataba de un concurso de conductas delictivas:

“... se le va a imputar el concurso de conductas punibles, como lo indica el artículo 31, toda vez que la acción se cometió en dos ocasiones, y es importante lo que usted me indica en aclararse el verbo rector, y este es el de Demandar, toda vez que él demandó los servicios sexuales, se realizaron y este le pagó por ellos...”

Posteriormente, el 25 de enero de 2023, se adicionó la imputación del siguiente modo:

*“...incurrir además del delito ya imputado, en el delito de Acceso Carnal Abusivo con Incapaz de Resistir, lo anterior en fundamento que el señor **JUAN CARLOS EUSSE MACÍAS** atentó contra la Libertad, formación e integridad sexual del niño SAOG, de 14 años para la época de los hechos ... Sustenta su petición en los siguientes hechos: Entre los primeros meses del 2022, en la ciudad de Medellín el ciudadano **JUAN CARLOS EUSSE MACÍAS**, atentó contra la libertad formación e integridad sexual del adolescente SAOG, de 14 años de edad para la época de los hechos, diagnosticado con trastorno opositor desafiante, retraso mental leve, deterioro del comportamiento significativo y trastornos afectivos bipolares, el día 09 de noviembre del 2021 por el Hospital Mental de Antioquia. La víctima manifestó que a **EUSSE MACÍAS** lo conoció mediante Alejandro, **JUAN CARLOS** le ayudó a arreglar la bicicleta lo subió al gallinero y allí le pidió que le chupara el pene, y S le chupó el pene dos veces, y dos veces le pagó dos mil, la primera vez fue cuando le arregló la bicicleta, y la segunda, la bicicleta quedó debajo y ellos subieron, y esa vez, **JUAN CARLOS**, le tapó los ojos con la camiseta, lo llevó cargado al menor, y aclara que cuando le chupó el pene y le dio mucho dolor en la garganta y le dio asco...”*

*...hoy se realiza adición de imputación de un concurso homogéneo y sucesivo de Acceso Carnal O Acto Sexual Abusivo Con Incapaz De Resistir toda vez que se realizó en dos ocasiones, respecto del adolescente, SAOG, de 14 años de edad, conducta descrita en el artículo 210. Es importante informarle al señor **JUAN CARLOS** en qué consiste el concurso de conductas punibles, y esto está reglado en el artículo 31 e indica textualmente.... (lee la norma) Es importante indicarle al señor **JUAN CARLOS**, en qué consiste la conducta que esta delegada le acaba de imputar, y esto está reglado en el artículo 210 del Código Penal (lee normal) ...”*

Luego, al momento de peticionar se decreta la Preclusión, la Fiscalía expuso:

El señor **JUAN CARLOS EUSSE MACÍAS**, en los primeros meses del año 2022, al parecer, atentó en contra de la libertad, formación e integridad sexual del adolescente S.A.O.G, quien, para la fecha de ocurrencia de los hechos, contaba con 14 años, además fue diagnosticado con trastorno opositor desafiante, retraso mental leve, deterioro del comportamiento significativo y trastornos afectivos bipolares, concepto médico emitido en el Hospital Mental de Antioquia, el 09 de noviembre de 2021.

Según lo narrado por el menor de edad, el señor **EUSSE MACÍAS**, le ayudó a arreglar su bicicleta, lo subió al gallinero donde habita el procesado y allí le pidió que le chupara el pene y S.A.O.G, accedió, y en contraprestación, el acusado le dio dos mil pesos. En otra ocasión, el señor **JUAN CARLOS**, le tapó los ojos con una camiseta y lo llevó cargado hasta su vivienda, le pidió que le realizara sexo oral, utilizando la fuerza y le pagó dos mil pesos, el menor de edad señaló que cuando accedió, le dio dolor de garganta y asco.

ACONTECER PROCESAL:

El 23 de noviembre de 2022, ante el Juzgado Veintidós Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, la delegada Fiscal formuló imputación en contra del señor **JUAN CARLOS EUSSE MACÍAS** por el delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 años de edad, conducta tipificada en el artículo 217A del Código Penal, en concurso homogéneo, bajo el verbo rector, Demandar.

Posteriormente, el 25 de enero de 2023, ante el Juzgado Treinta y Cinco Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de esta municipalidad se adicionó la imputación por el delito de Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivo con Incapaz de Resistir, contenido en el artículo 210 del Código Penal, dejando claro que se trata de un concurso de conductas punibles, delitos frente a los cuales, el procesado no aceptó cargos.

El 30 de enero siguiente, la Fiscal Ciento Cincuenta y Seis Seccional CAIVAS de Medellín, presentó escrito de acusación en contra del imputado por la comisión de esos mismos delitos y, en consecuencia, la actuación pasó a conocimiento del Juzgado Trece Penal del Circuito de esta ciudad, donde se convocó a la audiencia respectiva, pero

su objeto se varió a petición de la representante del ente acusador, quien retiró el escrito de acusación, únicamente por el delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años de Edad, previsto en el artículo 217A del Código Penal, y presentó solicitud de preclusión la cual se llevó a cabo el 30 de marzo del 2023, por la causal 4ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, atipicidad del hecho investigado, la que fue coadyuvada por el abogado defensor y el representa de la víctima.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN:

En orden a que se atendiera su pretensión, la Fiscalía expuso, en síntesis, frente a los hechos que sustentaron la imputación y respecto de los elementos con los que cuenta, no se dan los elementos estructurales previstos en el artículo 217A del Código Penal, para el delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años de Edad, ya que este delito va más encaminado al estímulo de la prostitución de menores, a la pornografía y en general, las modalidades de las que se presenta la utilización sexual de personas adultas y personas menores de 18 años en particular, y por ello, se constata es si la conducta se ha dirigido a los *“presupuestos señalados”*.

La situación que se presentó entre el señor **JUAN CARLOS EUSSE MACÍAS** y el menor de edad, S.A.O.G, no se podría encuadrar como una explotación sexual por ese presunto abuso que se dio o esa entrega de los dos mil pesos a la víctima.

A su turno, el señor **Defensor** expuso que el delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años de Edad, que se le imputó a su defendido, es una conducta atípica frente a la investigación y juzgamiento, ya que este artículo cabe en personas con inmadurez psicológica para ejercer la actividad de la prostitución, y que en este caso, se da dicha situación por el relato contado por el menor de edad y por su madre, y por el presunto contacto sexual a cambio de dos mil pesos, y como la víctima no sabe leer ni escribir, la imputación es errónea ya que no se puede configurar dicha conducta si la presunta víctima no comprende que se le está dando dinero a cambio de afectar su psiquis, su libertad o formación sexual.

DECISIÓN APELADA:

Refirió el Funcionario de conocimiento que, de conformidad con la sentencia 47082 del 2017, cualquier ofrecimiento o demanda que se realizara a una persona menor de 18 años tipifica el delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años de Edad, sin importar si fue en un contexto o ambiente de explotación

sexual. No obstante, conforme con la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009 y las sentencias 47234 del 24 de octubre de 2019 y 49116 del 12 de diciembre de 2019, la Corte Suprema de Justicia varió su criterio y consideró que las conductas consagradas en el Título IV, Capítulo IV de la Ley 599 del 2000, para que fueran constitutivas de delito, esa demanda u ofrecimiento tendría que realizarse dentro de un contexto de explotación sexual, es decir, que si la conducta punible recayera en un menor con edad superior a los 14 años y se realizara por fuera del mencionado contexto de explotación sexual o en situaciones ajenas a esta, la conducta se tornaría atípica.

Es así como concluyó el *a quo* que les asiste razón a las partes al señalar que el delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Mayor de 18 Años de Edad, no se tipificaba en la presente causa penal, porque el menor es mayor de 14 años, y no se advierte que los ofrecimientos hayan sido en un contexto de explotación sexual.

De otro lado, la condición de incapacidad para resistir que padece el menor “modifica la ecuación” pues abarca ambos delitos imputados y cómo se precluye frente a hechos y existen unos ofrecimientos de contenido libidinoso, mal haría en decretar la preclusión.

Si bien el menor de edad contaba con 14 años de edad para el momento de los hechos, la incapacidad de resistir de la víctima es aprovechada por una persona consiente, de más edad y con un grado superior frente al menor de edad, por lo que esta condición es utilizada para realizar ofrecimientos económicos a cambio de actos sexuales ya que no sería tan claro poder discernir si el ofrecimiento es bueno o es malo.

No accedió al decreto de la preclusión de la investigación elevada por la Fiscalía, y coadyuvada por el representante de la víctima y la defensa técnica del imputado.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

FISCALÍA

La delegada Fiscal interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión porque pese a que el Juez de instancia argumentó que en la presente causa

penal, el delito imputado de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años de Edad, previsto en el artículo 217A del Código Penal, en efecto, carece de uno de los elementos objetivos del tipo, esto es, el trasfondo o contexto de explotación sexual, y no todo ofrecimiento a un menor entre 14 y 18 años, constituye ese delito. Y a pesar de que el menor padece un trastorno opositor desafiante y un retraso mental, este no es argumento suficiente para configurar el punible, y no cuenta con elementos materiales probatorios para demostrar la conducta en juicio oral, la que considera atípica. Estima confusos los argumentos del Despacho en la decisión, y es contraria con la parte motiva.

A su turno, el señor abogado **Representante de Víctimas**, expuso que son confusos los argumentos del Despacho, y en el caso, no se da el delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial con menor de 14 Años, pero sí se configura el punible de Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivo con Incapaz de Resistir, no entiende el por qué se toma la decisión de negar la preclusión, ya que por economía procesal puede remediarse en esta etapa procesal, no debatir en audiencia de juicio oral ya que los elementos materiales probatorios, permiten inferir la comisión de otra conducta punible, que no se corresponde a la que ahora se niega precluir.

Como no recurrente, el señor **Defensor**, deprecó la revocatoria de la decisión, bajo el entendido de que la decisión en sí misma es contradictoria, y que después de explicar a profundidad el tipo penal, y referirse al inicio que no se configuraba, luego dijo que sí se da el delito por la problemática mental que tiene la supuesta víctima, y debe prevalecer el derecho sustancial, y no la condición mental del menor. El Juzgador confundió una norma con otra, sin tener ningún soporte, por lo que pide se corrija el yerro jurídico en el que se incurrió para darle viabilidad a la solicitud de preclusión, ante la confusión que existe entre la parte motiva y la resolutive.

Por las anteriores razones solicitan los recurrentes revocar la decisión, y en su lugar, decretar la preclusión por atipicidad de la conducta, con fundamento en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 del 2004.

El recurso fue concedido el día 23 de mayo de 2023, en el efecto suspensivo, para que se surtiera ante esta Sala, procediéndose a su reparto el 24 de mayo de 2023.

CONSIDERACIONES DELA SALA:

Esta corporación es competente para conocer y desatar el recurso de apelación formulado, en los términos del numeral 1º del artículo 34 del Código de

Procedimiento Penal, en tanto que la providencia atacada fue dictada por Juez Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, el cual hace parte de este distrito judicial, y respecto de quien se ostenta la condición de superior funcional.

El problema jurídico que se suscita y debe resolver la Sala, se dirige a establecer si en este caso, es acertada la decisión adoptada en primera instancia, al no acceder al decreto de la Preclusión, por estimar que no se estructura la causal alegada, Atipicidad del hecho investigado, contenida en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, al advertir el señor Juez que aun cuando le asiste la razón a la Fiscalía, cuando asegura que no se estructuraría el delito porque se trata de una persona de 14 años, y los hechos no se desarrollaron en un contexto de explotación, pero la presunta víctima padece una afectación cognitiva que modifica la necesidad de que se verifique ese contexto de explotación. O, contrario sensu, debe examinarse si le asiste la razón a la Fiscalía cuando señala que debe revocarse la decisión y acceder a lo pretendido, porque **i)** el señor Juez es confuso en su decisión, puesto que aceptó que se erige la atipicidad de la conducta, por las razones que enarboló el ente persecutor como sustento de la petición de preclusión, y **ii)** el hecho de que el menor de edad padezca un trastorno opositor desafiante y un retraso mental, es insuficiente para predicar que sí se estructura el delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Personas Menores de 18 Años de Edad, descrito y sancionado en el artículo 217A del Código Penal. Y si, como lo propone la Defensa, **iii)** debe prevalecer el derecho sustancial, y no la condición mental del menor de edad, evidenciándose un error en la decisión al confundir el Juzgador una norma con otra, por lo que deprecia la corrección, mediante la revocatoria de la decisión, y que se decrete la Preclusión.

Para resolver el problema planteado, lo primero que se impone es recordar que la Fiscalía General de la Nación, está asistida por las facultades necesarias para elevar la solicitud de preclusión de la investigación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 250 de la Constitución Política, según el cual, el ente acusador debe comparecer ante el Juez de conocimiento para deprecarla, cuando no hubiere mérito para acusar, en tanto que bajo el rigor de la Ley 906 de 2004, artículo 331, a ello debe avocarse el ente acusador cuando no existiere mérito para acusar, y siempre que se encuentre cabalmente demostrada alguna de las causales que la autorizan, entre ellas, las contenidas en los numerales 3º y 4º del artículo 332 de la normatividad en cita, referidas a la Inexistencia del Hecho Investigado y a la Atipicidad del Hecho Investigado.

Así, es importante tener presente que las decisiones mediante las cuales se decreta la preclusión, tienen fuerza de cosa juzgada, y por ello, para su decreto, se exige

que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma exista conocimiento más allá de toda duda razonable. Sobre el tema ha dicho reiteradamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que:

“...Acercas de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que, si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite...”¹

Frente a la causal de preclusión prevista en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, **atipicidad del hecho investigado**, ha señalado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 24 de mayo de 2017², que:

“...La atipicidad del hecho investigado se ha entendido como la falta de adecuación del comportamiento a la descripción de un tipo previsto en la parte especial de la Ley penal, pues en el proceder cuestionado no concurren los elementos que configuran la conducta punible. Dicho, en otros términos, se trata de la constatación naturalística y ontológica de la ocurrencia efectiva de un actuar humano que no encuentra correspondencia plena y cabal con ningún precepto normativo previsto en el Estatuto Punitivo...”

Aunado a ello, la misma Sala de Casación Penal de la Corporación en cita, indicó:

*“... la atipicidad pregonada debe ser **absoluta**, pues para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada **se requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal**, en tanto que la **relativa**, esgrimida por la Fiscalía, hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una específica conducta punible (abuso de función pública, valga el caso), sí encuadran dentro de otra (prevaricato, por vía de ejemplo). Si ello es así, esto es, **si de lo que se trata es de una atipicidad relativa, no parecería admisible que se aspirase a la preclusión, en tanto el sentido común indicaría la necesidad de continuar la investigación respecto del tipo penal que, al parecer, sí recogería en su integridad lo sucedido**”³.*

Bastaría lo citado para precisar que, si los hechos como tal, se enmarcan en cualquiera de los tipos penales consagrados en el ordenamiento sustantivo colombiano, no es aceptable que se pretenda la preclusión bajo el prurito de que no se acomodan a un tipo penal en específico, pero sí a otro, especialmente cuando incluso, bien puede modificarse al momento de formular acusación, la calificación jurídica por la que se considere correcta.

No obstante, la Sala se ocupará de verificar si, en principio, y acorde con el material de prueba aportado, concurren los elementos estructurales del tipo penal previsto en el artículo 217A del Código Penal, acorde con la conceptualización desarrollada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para lo que es útil traer a colación

¹ CSJ. AP. 34919 del 17 de noviembre de 2010.

² CSJ. AP. 3329 de 2017. Rad. 50063.

³ CSJ. AP. 27 de noviembre de 2013. Rad. 38458. Reiterada en CSJ. AP. 21 de mayo de 2014. Rad. 42570 y CSJ. Auto del 30 de julio de 2014. rad. 44042

lo descrito al respecto, en el auto Interlocutorio dictado dentro del radicado 40867 del 24 de junio de 2013:

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

En efecto, allí se dispuso que en el marco de la prostitución infantil es necesario sancionar a los clientes, pues del delito de estímulo a la prostitución de menores contemplado en el Código Penal sanciona sólo a quienes cuenten con una casa o establecimiento destinado a la explotación sexual de personas menores de edad.

Además, es importante resaltar que la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, como enuncia la ley, es un concepto amplio que no menciona claramente las relaciones sexuales remuneradas ni otro tipo de actividad sexual que se realice contra menores de 18 años. Esto no es coherente con los instrumentos internacionales pertinentes. Este artículo no condena a quienes exploten sexualmente a personas menores de edad por otros medios, por ejemplo, clientes.

Entonces, se precisa en dicha exposición que el proyecto propone la creación de un nuevo tipo penal que penalice la conducta de los clientes de la utilización de niños, niñas y adolescentes en la prostitución, al establecer que quien de manera directa o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediando pago o promesa de pago será sancionado.

Y se puntualiza con claridad que el concepto de explotación sexual es mucho más amplio que el proxenetismo, incluye no solo la conducta del proxeneta, sino también aquella de los intermediarios y especialmente del ‘cliente’ abusador para el caso de los Niños, las Niñas y Adolescentes.

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

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

*El delito analizado es sustancialmente distinto del proxenetismo o del proxenetismo con menor de edad, pues tal como se dijo en la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009, no se sanciona la inducción a la prostitución de mayores o menores, sino el proceder de los clientes al deprecar servicios sexuales, en este caso de menores de 18 años, **a cambio de una remuneración dineraria o en especie para la víctima**, quien sin duda alguna está soportando la explotación comercial de su cuerpo al ser tratado como mercancía”.*

Así también, en la sentencia SP4573, del 24 de octubre de 2019, radicado 47234, en lo referente a esos elementos estructurales del delito castigado en el artículo 217A del Código Penal, precisó:

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

(...)

(v) La afectación del bien jurídico en las conductas del Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial de la Ley 599 de 2000 también **dependerá de la constatación de un contexto de explotación sexual**. En especial, la Sala ajustará a tal criterio la jurisprudencia que para el tipo del artículo 217-A desarrolló a partir del fallo CSJ SP15490, 27 sep. 2017, rad. 47862, **con énfasis en el problema de si las ofertas de actividades sexuales remuneradas a menores de edad, por sí solas, constituyen o no explotación**". (Negrilla fuera del texto original).

Como se acotó en el auto AP850 de 2022, radicado 57292, la Corte ha mantenido la postura vertida en la sentencia SP15490-2017, radicado 47862, cuando consideró que la descripción del tipo no establece para su configuración, que exista una red dedicada a la prostitución infantil de la que emerja la promesa de retribución, basta con que exista una solicitud o demanda de servicios sexuales, para que se agote la conducta, sólo se requiere de la propuesta, independientemente de que sea o no atendida por su destinatario, y de que se efectúe el pago, y se enfatiza en que:

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

En este sentido, así lo ha acotado la Sala:

Esta postura es insostenible desde cualquier perspectiva lógica. La expresión «comercial», así sea entendida como un ingrediente normativo del tipo, no está solo circunscrita a las actividades de los conglomerados mercantiles, sino también a actos particulares, propios de la vida cotidiana. Para que una acción sea considerada de comercio no es indispensable que medie alguna empresa u estructura organizada. Un negocio jurídico celebrado entre dos particulares puede ser catalogado perfectamente como «comercial». En este sentido, contratar la obtención de favores sexuales a cambio de dinero es un acto de comercio, regulado por las leyes mercantiles. Pero cuando ese acuerdo involucra la participación de un menor de edad, su objeto no solamente es ilícito, sino está contemplado como conducta punible de acuerdo con el artículo 217-A de la Ley 599 de 2000.⁴

Incluso, nótese cómo con posterioridad, se ha insistido por parte de la referida corporación, en que este delito parte de una solicitud o demanda de una actividad sexual, sin importar el medio utilizado para el efecto, solo debe mediar esa solicitud y una promesa de pago en dinero, especie o una retribución de cualquier naturaleza, es decir, el contexto de explotación requerido es aquél en el que se utiliza la corporeidad o sexualidad del niño, niña o adolescente para que, a cambio del pago, promesa o retribución, acceda a las pretensiones lascivas o de tipo sexual del agente, y es esa transacción la que se castiga para quien funge como cliente, (sentencia SP2348-2021, radicado 49546), lo que cobija a todos los menores de 18 años, y basta ello para predicar que se configura el punible de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años, tipificado en el artículo 217A del Código Penal, porque de ninguna manera ni la jurisprudencia ni la ley, han desarrollado un entendimiento dirigido a descartar que la conducta afecte al mayor de 14 y menor de 18 años, porque no se trata de disponer

⁴ CSJ AP 4868-2016, 27 jul. 2016, rad. 48195

libremente de su sexualidad, en la medida en que se despliegan o el acceso o los actos eróticos, a petición de quien funge como cliente, y a cambio de esa retribución, pago o promesa.

En el caso bajo estudio, revisados los términos de la imputación formulada en lo que a esta conducta delictiva respecta, no habría razón para aducir, como lo hacen las partes, interviniente, e incluso el mismo Juez, que se enfrenta la ausencia del elemento denominado explotación, porque como se resaltó en precedencia, este no está demarcado porque se recrea a manera de empresa, ni con la concurrencia de múltiples o varios intervinientes, o bajo el entendido de que debe verificarse en muchas ocasiones o con pagos de grandes sumas, o retribuciones significativamente altas según la percepción del observador, basta con que la demanda haya tenido esa potencialidad de afectar los bienes jurídicamente tutelados, lo que para el caso, se estima, en principio sí está dado, conclusión a la que se arriba también a partir del respaldo probatorio aportado, que no ofrece una inferencia como la expuesta por el señor Juez de instancia y las partes e interviniente en este caso. Nótese cómo fueron descritos los hechos por la presunta víctima en la entrevista rendida el 31 de mayo de 2022:

*“...esos señores **me estaban pagando para chuparles el pene...**”*

Y continuó:

*“...ellos son unos vecinos del barrio de la Aurora son don **Carlos y Alejandro. Alejandro una vez me dijo que se lo chupara y que él me pagaba, que yo me metiera el pene en la boca. El me dio dos mil pesos, dos moneditas grandes de mil, entonces yo le chupé el pene dos veces y me pagó dos mil pesos cada vez que se lo chupé. Yo sentía el semen, sentía una carraspera en la garganta y me estaba ahogando. Él me decía que no se lo mordiera. Todo fue porque Alejandro me fue a llamar a la casa mía y me decía que le ayudara a sembrar árboles de plátano. Yo ya había ido y le había ayudado a sembrar. Fui una vez y después de sembrar se lo chupé y la otra se lo chupé y ahí me pagó con billete de dos mil. Me dijo que no le contara a nadie y ya. Y don **Carlos es vecino, me lo presentó Alejandro. Él me ayudó a arreglar la bicicleta y me subió al gallinero y dijo que se lo chupara y yo se lo chupé dos veces, me tapó los ojos y me pagó dos mil pesos. Eso fueron dos veces, la primera cuando me arregló la bicicleta y la otra me subió, y la bicicleta quedó abajo y en ambos me pagó dos mil pesos por chuparle el pene en el gallinero. Es que él me llevó cargando y tenía los ojos tapados porque él me tapó los ojos con la camiseta que tenía puesta. Él me llevó cargando porque él hace mucho ejercicio y me llevó al gallinero y me dijo que me arreglaba la bicicleta después de la chupada y después que le chupara el pene, me dio dolor de garganta y asco**”.*** (Negritillas fuera de texto)

La narración transcrita muestra que el menor de edad describe las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se desarrolló cada uno de los eventos objeto de juzgamiento, y advierte cómo, no sólo una persona, sino dos adultos distintos, relacionados entre sí, ofrecieron en diferentes oportunidades, cada uno de ellos, dinero, concretamente, dos mil pesos en cada ocasión, a cambio de que les succionara el pene, uno de ellos, el aquí procesado, y es muy claro en informar que le pagaba para cumplir

con la demanda sexual solicitada, es decir, el menor de edad es claro en reconocer que había un intercambio de dinero por el favor sexual pedido, que no se quedó en el terreno de la demanda, porque se materializaron, tanto el acto como el pago. Y hasta este punto, sólo con ese medio de conocimiento, en esta etapa primigenia del proceso, es posible asegurar que se acomoda a los elementos del tipo penal, sino que tuvo la capacidad suficiente de irrumpir y afectar el bien jurídicamente tutelado, como lo es la libertad, integridad y formación sexual, convirtiendo la corporeidad del menor de edad y su disponibilidad sexual en una mercancía, por la que se ofreció y pagó dinero, todo en procura de satisfacer el apetito libidinoso de su presunto victimario, quien para los efectos de la conducta, era un cliente, quien llevó a cabo tal transacción comercial en pos de satisfacer su apetito sexual como demandante. El contexto y la secuencia en la que se revelan los hechos, se insiste, cuando menos en los albores del proceso, denotan que sí podrían acomodarse los hechos a la conducta delictiva inicialmente endilgada en concurso homogéneo.

Ahora, en lo que atañe a que el menor de edad, para la fecha de ocurrencia de los hechos, ostentara ya los catorce (14) años, y que a partir de allí se deduzca la necesidad de que se acredite que esa demanda u ofrecimiento tendría que realizarse dentro de un contexto de explotación sexual, es decir, que si la conducta punible recae en un menor con edad superior a los 14 años, y se realizara por fuera del mencionado contexto de explotación sexual o en situaciones ajenas a esta, la conducta se tornaría atípica, no es de recibo, primero porque como antes se explicó, en el caso se verifica a partir de los medios de conocimiento aportados, ese contexto de explotación comercial, se produjo una demanda en dos ocasiones, para que se produjera el acceso carnal consistente en la introducción del miembro viril del acusado en la boca del adolescente, y por el hecho de que este ostentara para el momento más de 14 años, no significa que se enfrente a un escenario distinto, la norma no demanda de un elemento adicional para la configuración del tipo, y cobija a todos los que tengan menos de 18 años, incluso, se agrava la conducta cuando el afectado sea menor de 14 años, según se prevé en el numeral 4º del artículo 217A, y en su párrafo, incluso, advierte que no importa si ha mediado el consentimiento del adolescente, pues no distingue para reducir el ámbito de tal predicado para los menores de 14 años.

Así entonces, cuando media explotación sexual comercial, resulta irrelevante para el caso como tal, que el joven sea mayor de 14 años y haya asentido ante la demanda, puesto que, como lo describe el tipo penal y se reseña en la referencia jurisprudencial transcrita, la conducta se castiga cuando el sujeto pasivo involucrado es

menor de 18 años, límite seleccionado por el legislador con la pretensión de sancionar la afectación para el bien jurídico tutelado, en relación con quien mediante actos idóneos, logra interferir en el libre desarrollo sexual del adolescente, más allá de que a partir de esa edad se ostente la capacidad para ejercer de manera libre y consensuada su sexualidad, pues, obviamente esa decisión debe estar libre de cualquier apremio o inducción determinada por ofrecimientos a manera de retribución económica o de cualquier otra índole, que muestren al adolescente como una mercancía.

Ahora, el hecho de que se trate de una persona con un déficit cognitivo leve, como bien lo expusieron la señora Fiscal recurrente y las partes e interviniente coadyuvantes, no tendría trascendencia para el caso como tal, en la medida en que no hace parte estructurante de los elementos del tipo tal situación, y parece extraño que sea incorporado por vía de decisión judicial, y no parece afortunado que se acuda a ello para predicar que por esa razón se erige la tipicidad de la conducta, como parece sugerirlo el señor Juez de instancia, ello ni siquiera fue contemplado por el legislador a manera de circunstancia de agravación específica, porque al igual que cualquier otro mayor de 14 años y menor de 18, tienen la posibilidad de disponer de su sexualidad, siempre que ello obedezca a su libre voluntad y consentimiento, sin que medie demanda y pago o promesa del mismo o retribución, y así también, tienen la potestad de realizar transacciones comerciales, pero no con su corporeidad ni su sexualidad para atender a una demanda o solicitud de un acceso carnal o de un acto sexual, y en consecuencia, bajo ese entendido, no es posible descartar la configuración del tipo, porque la pretensión es proteger de tal influjo al menor de 18 años, sin importar que sea mayor de 14 años, por lo que la sola condición o discapacidad intelectual o déficit cognitivo leve, como el que padece el menor de edad, *per se*, no hace que se estructure el tipo penal, y el tipo penal no lo contempla.

Y en todo caso, los hechos jurídicamente relevantes se relacionan, incluso, con la conducta en relación con la que se adicionó la imputación, esto es, Acceso Carnal o Acto Sexual Abusivos con Incapaz de Resistir previsto en artículo 210 del Código Penal, y decretar la preclusión involucraría esas mismas circunstancias de facto, y de decretarse la Preclusión, tendrían efectos de cosa juzgada y cesaría la persecución penal en contra del imputado por estos hechos.

Es por estos motivos que considera la Sala que la causal invocada, contenida en el numeral 4º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, no se configura, ningún medio de prueba permite sustentarla, y en principio concurren los

elementos descriptivos del tipo penal por el cual se solicita la preclusión, por lo que, en razón de los argumentos expuestos en precedencia, la Sala **confirmará** la decisión objeto de apelación, pero por las razones aquí contenidas.

Por lo expuesto, esta **Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,**

RESUELVE:

1. Confirmar la decisión proferida por el señor Juez Trece Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, el día 23 de mayo de 2023, mediante la cual se abstuvo de decretar la Preclusión en favor del señor **JUAN CARLOS EUSSE MACÍAS**, a quien se le procesa por la presunta comisión del delito de Demanda de Explotación Sexual Comercial de Persona Menor de 18 Años de Edad, sancionada en el artículo 217A del Código Penal, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

2. Esta Decisión se notifica en estrados y remitirá por escrito, y en contra de ella no procede ningún recurso. Se ordena comunicar de manera inmediata esta decisión mediante oficio enviado a través de correo electrónico, al Juzgado de origen.

3. Se autoriza a la Magistrada ponente a dar lectura a la decisión, prescindiendo en esa audiencia de los restantes miembros de la Sala, tal como lo autoriza el artículo 164 del Código de Procedimiento Penal.

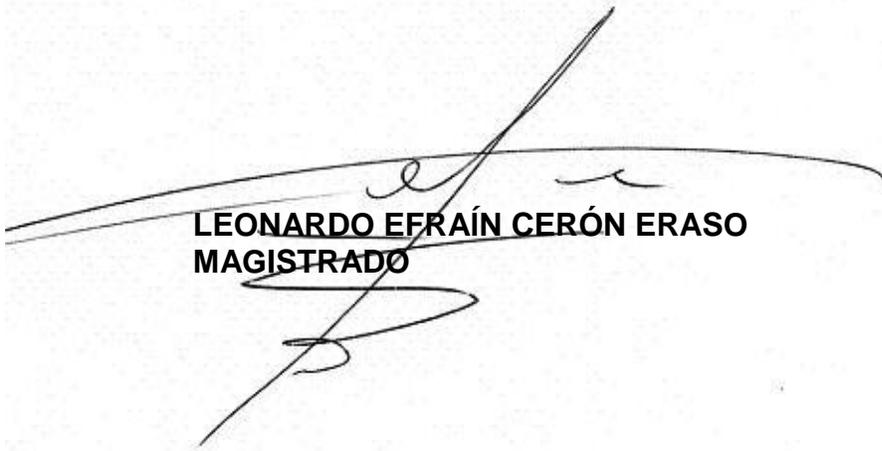
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:



**CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN
MAGISTRADA**



**ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
MAGISTRADO**



**LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
MAGISTRADO**

Firmado Por:

Claudia Patricia Vasquez Tobon

Magistrada

Sala 003 Penal

Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

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

Código de verificación: **ea62a7e93a8b78370b3c2fc138e36b2d09807b83da0040566d1b9b3d2290bea5**

Documento generado en 08/05/2024 02:19:42 PM

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