

PATRÓN PIÑEREZ, MARÍA CRISTINA, “Protección de menores de edad mediante la regulación del delito de *grooming* en la legislación colombiana. Análisis de la Sentencia SP086-2023 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 15 de marzo de 2023, MP. Hugo Quintero Bernate”, *Nuevo Foro Penal*, 103, (2024)

Protección de menores de edad mediante la regulación del delito de *grooming* en la legislación colombiana. Análisis de la Sentencia SP086-2023 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 15 de marzo de 2023, MP. Hugo Quintero Bernate¹

Protection of minors through the regulation of the crime of grooming in Colombian legislation. Analysis of judgment SP086-2023 of the Supreme Court of Justice, Criminal Appeals Chamber, dated March 15, 2023, M.P. Hugo Quintero Bernate.

MARIA CRISTINA PATRÓN PIÑEREZ*

1 El presente comentario jurisprudencial se desarrolló dentro de la investigación realizada en el Semillero de Derecho Penal “Carlos Eduardo Mejía Escobar” de la Universidad del Rosario durante el segundo semestre de 2023, bajo la dirección de la Dra. María Camila Correa Flórez.

* Estudiante de Décimo Semestre de Jurisprudencia y Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario. Miembro del Semillero de Derecho Penal “Carlos Eduardo Mejía Escobar”. Correo electrónico: maria.patron@urosario.edu.co

1. Introducción

En el presente comentario jurisprudencial se analizará la Sentencia SP086-2023 con Radicación N°5309 proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual se centra en resolver el recurso extraordinario de casación interpuesto por la defensa de Alexander Fernández Correa contra la sentencia proferida el 16 de marzo de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santiago de Cali, que confirmó el fallo emitido el 11 de julio de 2017 por el Juzgado 21 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad a través del cual condenó a su representado como autor responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y lo absolvió del cargo por el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

El objetivo del presente texto será enfatizar en la importancia de la regulación del delito de *Grooming* o del *Online Child Grooming* en el Código Penal Colombiano. Para ello, una vez expuestos los hechos jurídicamente relevantes del caso, los aspectos procesales, los cargos formulados por el casacionista, y las consideraciones de la Corte Suprema de Justicia, en desarrollo del comentario jurisprudencial se explica lo siguiente: primero, se expone el fallo SP086-2023 el cual evidencia el vacío de la regulación del delito. Posterior a esto, se trae a colación algunas legislaciones de otros países en lo referente al delito de *Grooming*, finalmente se establecen unas conclusiones acerca de la necesidad de su pronta incorporación dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

2. Hechos jurídicamente relevantes del caso

Los hechos ocurridos en la sentencia a analizar son los siguientes: a partir del año 2011, en la ciudad de Cali, Alexander Fernández Correa, de 21 años, entabló comunicación a través del PIN de BlackBerry con la menor D.M.M.C de 11 años edad. Ambos eran integrantes de la banda músico-marcial del colegio Nuestra Señora de la Asunción. D.M.M.C era estudiante de la institución y Fernández el encargado de reforzar las presentaciones de la agrupación y la enseñanza musical.

Se menciona que el intercambio de mensajes en un principio fue de “contenido normal”, sin embargo, Alexander Fernández Correa empezó a solicitar fotos a la menor en donde vistiese el uniforme de la banda, en pantaloneta, vestido de baño, en ropa interior y desnuda. D.M.M.C accedió a remitir las imágenes a Fernández, recibiendo en algunas oportunidades fotografías de él en donde aparecía su torso desnudo y, en una ocasión, de su miembro viril.

Entre los años 2012 y 2014, Alexander Fernández Correa acudió eventualmente y de manera esporádica a la residencia de D.M.M.C en horas de la tarde, aprovechando que la menor se encontraba sola. Durante las visitas hubo besos y tocamiento de las partes íntimas por parte de Fernández hacía la menor de edad.

Los eventos ocurridos salen a la luz como consecuencia de la circulación en redes de una fotografía de D.M.M.C con el torso desnudo, en virtud de lo cual, al ser informada de ello a través de algunas de sus amigas y compañeras, la hace entrar en shock recibiendo la atención del personal profesional de la entidad educativa.

3. Resumen de la actuación procesal

El 14 de febrero de 2015, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación ante el Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali en contra de Alexander Fernández Correa por el concurso heterogéneo de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y acto sexual con menor de 14 años. Descritos en los artículos 208 y 209 del Código Penal; cargos que el procesado manifestó no aceptar.

Posterior a la radicación del escrito de acusación, le correspondió el caso al Juzgado 21 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali. El 03 de agosto de 2015, el mismo despacho judicial adelantó audiencia en la que el Fiscal del caso imputó cargos en contra de Fernández por el concurso heterogéneo de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambas conductas igualmente, en concurso homogéneo.

Luego de agotar la etapa de juicio, la fiscalía manifestó en los alegatos finales que sus pretensiones en la acusación eran imputar los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y actos sexuales con menor de 14 años. No obstante, determinó que el asunto podría tratarse del punible de acto sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo. Lo anterior, con base a que ante la pregunta que se le hizo a la menor D.M.M.C, que se opuso su defensor, para ver si se habían presentado unos hechos con mayor trascendencia, la menor no lo mencionó. Manteniendo así la pretensión condenatoria por el último de los ilícitos mencionados.

El 11 de julio de 2017, el Juzgado de Conocimiento emitió sentencia condenatoria a Alexander Fernández Correa a la pena de 108 meses de prisión, por ser autor responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Ante la decisión, la defensa interpuso el recurso de apelación.

Recibe el caso en apelación la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, quien confirmó la sentencia proferida mediante providencia

aprobada el 16 de marzo de 2018. Ante la decisión de la Sala, el apoderado de Fernández interpuso el recurso de casación. Mediante auto de 03 de diciembre de 2019, la Corte admitió a revisar el recurso extraordinario.

4. Exposición demanda de casación

Contra la decisión de segunda instancia, el abogado defensor del señor Alexander Fernández interpuso recurso extraordinario de casación bajo la causal tercera. Sustentó que la sentencia de segunda instancia incurrió en diversos errores de hecho por falso raciocinio, derivados de la vulneración a principios de la lógica como el de no contradicción y razón suficiente, reglas de la experiencia y leyes de la ciencia; así como también, defectos por falso juicio de identidad.

De acuerdo con lo sustentado por el apoderado de Fernández, la menor de edad incurrió en múltiples contradicciones en lo que tiene relación con la temporalidad de la conducta juzgada y las circunstancias modales. Enfatiza en que D.M.M.C se contradice, porque primero afirmó que los abusos ocurrieron cuando tenía 11 o 12 años, pero luego señaló una serie de abusos que ocurrieron durante 3 o 4 años.

En cuanto al acápite de las circunstancias modales, para la impugnante resulta dudoso que la joven no recuerde lo acontecido, pues según él, esto contraviene la regla de la sana crítica. Argumenta que, tratándose de delitos sexuales, la víctima no debe recordar con precisión aspectos puntuales sobre las circunstancias del abuso como los días, fechas, horas, pero debe por lo menos tener de presente qué fue lo que ocurrió en cada evento, so pena de emerger el testimonio en insuficiente para atribuir responsabilidad penal. No siendo creíble que indique de un lado, haber sido víctima de una serie de abusos durante múltiples años, y de otro, no recordar lo que ocurría en ellos.

Añade el casacionista que hubo falso raciocinio en el proceso por vulneración a las reglas de la sana crítica, puesto que de acuerdo con las pruebas incorporadas en el juicio no existió afectación a la menor de edad quien nunca presentó rechazo hacia el procesado, incluso, luego de ocurridos y denunciados los hechos. Concluye en este punto con la vulneración de la regla de la experiencia, según la cual casi siempre que las víctimas son vulneradas en su integridad sexual, muestran rechazo a su agresor. Así como también el principio de la lógica de la no contradicción pues de haber padecido abuso, ninguna necesidad tenía de seguir buscando al procesado.

En cuanto a la modalidad del falso raciocinio, reprocha el apoderado de Fernández la vulneración de las leyes de la ciencia por parte del juzgador de segunda instancia, con relación a la valoración del testimonio del psicólogo de la Fiscalía,

Aníbal Valderrama Tovar, cuya declaración alega que fue valorada por el Tribunal como si se tratara de una prueba pericial. Considera que aquella no debería ser valorada como tal en tanto se trató de una simple entrevista del orden judicial, producto de la orden del fiscal del caso, a través de la cual se le solicitó recibir testimonio de la menor sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos que se están investigando. A su vez, el casacionista demandó la violación indirecta de la ley sustancial en la modalidad del falso juicio de identidad por cercenamiento de los medios probatorios, puesto que los jueces de instancia se enfocaron en el testimonio de la menor involucrada.

5. Consideraciones de la Corte en relación con el delito de grooming

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal precedida por el Magistrado Hugo Quintero Bernate, decide no casar la sentencia proferida el 16 de marzo de 2018 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Santiago de Cali. La Sala dictamina que es evidente que la conducta, objeto de juicio, tuvo desarrollo a través de un contexto típico de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores, valiéndose del inicial interés que la menor de edad le mostró al solicitar su PIN de BlackBerry. Enfatiza en que a través de las conversaciones que sostenían por la red, Fernández se ganó la confianza de la menor de edad para posteriormente solicitar sus fotos, en uniforme de la banda, luego de transcurrido un tiempo, en vestido de baño, de sus piernas, en ropa interior, y en donde apareciese desnuda.

Sostiene que por medio de conversaciones el victimario indagó por la situación familiar, en búsqueda que D.M.M.C estuviera sola en su vivienda con el fin de proponer los encuentros físicos y eróticos en la residencia de la menor. Señala la Sala que tal conducta debe ser vista en conjunto y no reducir la configuración del delito de acto sexual con menor de 14 años descrito en el artículo 209 del Código Penal a los tocamientos libidinosos puestos de presente sobre la menor de 14 años.

Añade que el *grooming*, de acuerdo con la legislación colombiana, y a diferencia de legislaciones foráneas, no alcanza a constituir conducta delictiva por sí solo y en sus fases iniciales contra la libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad. Sino que resulta ser objeto de reproche, a través del artículo 209 del Código Penal, cuando la 'inducción' es específica a realizar actividades sexuales o cuando el sujeto activo logra contacto sexual de cualquier tipo con su víctima. Por esto, dictamina la Sala que los acercamientos vía chat "tipo *grooming*", constituyen actos

preparatorios del delito acto sexual con menor de 14 años tipificado en el artículo 209 del código penal colombiano.

Ante la solicitud del casacionista, menciona la Corte que calificar el relato de D.M.M.C. como falta de detalles, es desconocer la narración de todo el conjunto de acciones encaminadas a obtener ese contacto físico sexual que, si bien tuvo lugar en 4 o 5 oportunidades y obrando tiempo considerable entre uno y otro, el acusado logró su cometido. Añade que limitar la conducta constitutiva de actos sexuales al tocamiento de las partes íntimas de la menor de edad es injustificable. En tanto la joven víctima y su indemnidad sexual, como bien jurídico, entraron en peligro desde las primeras acciones que involucra el proceso de *grooming*.

Reitera la Sala que, en efecto, se evidencia un abuso puesto que la menor apenas se encuentra en una etapa elemental de desarrollo en la que su capacidad volitiva está en formación. Sin embargo, la situación objeto de estudio carece de contenidos agresivos, violentos o coactivos que puedan resultar traumáticos al menor. Por lo tanto, el detalle incisivo que se cuestiona en el recurso extraordinario, en cuanto a la falta de información sobre las fechas exactas, hora y pormenores de la forma en que el acusado tocó las partes de su cuerpo, señaladas por D.M.M.C., pueden efectivamente no ser recordadas con tal precisión por ésta; justamente por no ser traumáticos o violentos, en tanto se trató de actividades consentidas como consecuencia de los actos de seducción, encantamiento y atracción que logró el victimario a través de todo aquel conjunto de acciones desarrolladas sobre la menor de 14 años, en pro de controlar y lograr la aquiescencia.

Estima la Corte que aquellos cercenamientos alegados por el apoderado de Fernández, vinculados a manifestaciones de algunos testigos, referentes a que aquella sostenía una relación sentimental con un joven de nombre Rolan, que estaba enamorada y obsesionada con el acusado, que compartió fotos íntimas con otro joven de nombre Nicolás y que incluso la adolescente involucrada no presentó afectación alguna, al punto que luego de presentada la denuncia la joven continuó asistiendo a la banda musico-marcial que también frecuentaba Alexander Fernández Correa, carecen tanto de relación con la conducta investigada, como de relevancia para efectos de determinar la responsabilidad del acusado.

Responde la Sala frente al recurso en cuestión que, posteriormente no se presentan reacciones de rechazo hacia el sujeto activo puesto que en los delitos con menores de 14 años no existe resistencia por parte del niño o niña implicados, mucho menos violencia por parte del victimario, a su vez hay consentimiento de la víctima porque todas las acciones realizadas por el sujeto activo desde el inicio del

contacto con quien se torna en víctima, están dirigidas a conquistar, seducir y al final, controlar a la joven e inexperta púber, quien se ve envuelta por su corta edad, en un falso o engañoso ambiente afectivo. A su vez, enfatiza en que pareciera, en diferentes partes de la demanda de casación, que el abogado desestima la configuración del delito atribuido a su representado, en tanto no existió resistencia, ni posterior rechazo por parte del sujeto pasivo de la conducta hacia el enjuiciado, e incluso, en tanto la menor expresó atracción por Fernández y no sentirse afectada por lo que le sucedía entre los años 2011 y 2013, como si aquella fuese la persona idónea para conceptuar el tipo de afectación emocional y psicológica que este proceso de abuso sexual en su desarrollo infantil le ocasionó.

Resalta que los menores de edad son sujetos de especial protección reforzada de acuerdo con la Constitución Política y los tratados internacionales firmados por Colombia. Así, el carácter abusivo de las conductas punibles tipificadas descritas en los artículos 208 y 209 del Código Penal, deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal, personal y racional, y especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desarrollado su madurez volitiva y sexual, lo cual se presta para el aprovechamiento indebido por parte de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual, precipitándolos precozmente a una experiencia para las cuales no están adecuadamente preparados. Y es por ello entre otras razones, que el Legislador considera que los actos sexuales con menores son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas, sino por tratarse el sujeto pasivo de esta conducta, en últimas, de un incapaz absoluto ante la ley.

En el mismo fallo, la Sala de la Corte Suprema de Justicia trae a colación los razonamientos expuestos por la Corte Constitucional al momento de estudiar la constitucionalidad de los artículos 208 y 209 de la Ley 599 de 2000, en cuanto a la diferenciación realizada por el legislador entre menores de 14 años y los menores mayores de 14 años. Pues según la misma, es un instrumento legislativo que permite materializar la protección del artículo 44 constitucional en aquellos menores cuya capacidad volitiva y desarrollo sexual no está aún configurado plenamente. Así, en la sentencia C-876 de 2011 de la Corte Constitucional, se estableció que, aun existiendo el consentimiento del menor de 14 años, su capacidad de comprensión y valoración del acto sexual no es adecuada para su edad. Menciona que la ley protege al menor de edad aún de su propia decisión, esto con el fin de salvaguardar no solo sus derechos sexuales y reproductivos sino el libre desarrollo de su personalidad.

6. Desarrollo del comentario jurisprudencial

En el presente fallo de la Corte Suprema de Justicia se fija un hito histórico en la aplicación a la protección de los derechos de menores de edad y, en parte, al derecho de género al proteger los derechos de la menor de edad D.M.M.C. Menciona la Sala que prueba de la conducta ilícita desplegada por el acusado Alexander Fernández Correa emerge del sólido testimonio de la menor de edad, quien enfatiza la Sala que es única testigo directa de lo acontecido. En tanto, como se deduce de su relato, el procesado se valió del secretismo y reserva que proporciona este tipo de conductas que inician a través del uso de las tecnologías de la información.

A su vez, la Sala hace un llamado de atención al abogado defensor del victimario puesto que, en desarrollo de la técnica del conainterrogatorio a la mayoría de los testigos de cargo desplegó un trato intimidante e irrespetuoso con la intimidad de la menor de edad víctima, desbordando en múltiples ocasiones su labor defensiva, pretendiendo en otras, debatir el comportamiento e integridad moral de aquella, cuando el objeto de debate debía enmarcarse en cuestiones meramente jurídicas.

A su vez, el fallo de la sentencia SP086-2023 constituye un precedente en cuanto al vacío legal del grooming como delito por sí solo dentro del Código Penal Colombiano. Ya que se demuestra por medio del fallo que, las conductas de entablar conversaciones con la menor de edad vía chat fueron solo objeto de reproche al constituirse como actos preparatorios dentro del plan delictivo idóneo para llegar al ansiado contacto sexual por parte del implicado. Asimismo, se evidencia esta falta de regulación en otros precedentes jurisprudenciales en donde el *grooming* y el *sexting* son utilizados como actos preparatorios para la obtención de material pornográfico de parte del menor o en general a una actividad sexual reprochada penalmente. Por ejemplo, el reciente fallo SP219-2023, que a su vez cita la presente sentencia, condenó al implicado como autor de actos sexuales con menor de catorce años de acuerdo con el artículo 209 del código penal en donde se castiga la conducta de inducir a la menor de edad a cometer actos sexuales. En este sentido señala la sentencia respecto del sexting que

[...] En el marco de una actividad de sexting o cualquier otra que tenga lugar en redes globales de comunicación, un menor de 14 años recibe solicitudes o es inducido a una práctica sexual, el autor de esta conducta incurre, sin duda alguna, en el delito previsto en el artículo 209 del C.P.²

2 Corte Suprema de Justicia, SP219-2023 (MP. Fernando León Bolaños Palacios, 7 de junio de 2023)

7. El grooming en la legislación colombiana

En virtud de lo establecido en la Sentencia SP086-2023, el *grooming* o *child grooming*, hace referencia al contacto utilizando las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), preordenado a la actividad sexual con menores de edad. Esta actividad puede abarcar un intercambio epistolar erótico o sexual con el niño o niña, en el que de manera progresiva y conforme avanza el diálogo el actor puede solicitar audios, fotos o sugerir encuentros³.

En la legislación colombiana, actualmente el Grooming no se consagra como un tipo penal específico que está redactado explícitamente en un acápite dentro del ordenamiento jurídico. Es interesante el fallo en cuestión puesto que se contempla como un acto de reproche frente a actos preparatorios que conlleven a la consumación de otros delitos, entre ellos la pornografía infantil, acceso carnal o actos sexuales abusivos con menor de 14 años. Es decir, se cataloga como un delito de medio en donde el sujeto activo, que puede ser cualquier persona, a través del uso de las TIC realiza los primeros pasos del plan delictivo hacia un sujeto pasivo, que en este caso es el niño, niña o el adolescente, con el fin de obtener un contacto sexual o fotos para luego comercializarlas. No obstante, también con este fallo se cuestiona de que no habría lugar a imputación penal para el implicado en caso tal no se hubiesen dado los tocamientos sexuales.

En Colombia se ha tenido un acercamiento sobre este delito informático a raíz de la Ley 679 de 2001, en especial el artículo 33 en donde se agrega una modalidad atenuada al acto sexual con menor de 14 años cuando el agente realizare cualquiera de las conductas por medios virtuales, utilizando redes globales de información. El artículo fue posteriormente modificado por otras leyes como la Ley 1236 de 2008 “por medio del cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”. A su vez, con la Ley 679 se crea nuevo delito consagrado en el artículo 312A “Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores”. Es decir, se comprueba lo mencionado en la Sentencia SP 4573-2019 que “el *online grooming*, hasta que el legislador considere lo contrario, no es un delito autónomo”⁴.

En adición, la sentencia del presente escrito, SP086-2023 de la Corte Suprema de Justicia, establece las fases que constituye la materialización del *grooming*. En

3 Corte Suprema de Justicia, 2023. SP086-2023 (MP Hugo Quintero Bernate, 15 de marzo de 2023)

4 Leonardo Cruz Bolívar, “El ‘Child Grooming’ y regulación del delito sexual virtual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 42, n.º 113 (julio-diciembre de 2021): 43-96. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v42n113.03>

donde se dispone que primero está la fase de establecimiento de amistad mediante la cual la persona conoce a su víctima menor de edad. En esta fase se solicita la foto para confirmar que efectivamente ha iniciado una relación con su víctima, y se asegura de que se adecúa a su predilección. A diferencia de las fases posteriores, en esta las solicitudes de fotografías generalmente se limitan a aquellas imágenes en que aparece solo la cara del menor o que son tomadas durante vacaciones familiares o en circunstancias de este tipo⁵.

Una vez se entablan las conversaciones, inicia la fase de conformación de la relación de amistad. Se entablan conversaciones sobre cuestiones relacionadas con la vida de la víctima, como el colegio o cuestiones domésticas. Luego, continua la fase de valoración de riesgo en donde se realizan preguntas para obtener información acerca de las posibilidades de detección de su conducta por parte de los padres o cuidadores de quien es víctima. La conversación se torna más personal y privada durante la fase de exclusividad. El sujeto activo conduce la interacción de forma muy intencional y en general intensificándola rápidamente, tornándola cada vez más personal, emocional y eventualmente sexual. Una vez corroborada la confianza, se instala la fase sexual en donde al principio, la naturaleza sexual de la conversación online puede ser implícita, pero progresivamente va derivando a intercambio explícitos focalizados en actos sexuales potenciales en el adulto o en el niño⁶.

8. Legislación del grooming dentro de los ordenamientos internos de algunos países

El convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, conocido como Convenio de Lanzarote, de octubre de 2007, en su artículo 123, invitó a los países miembros a legislar sobre el *child grooming*⁷. Algunos países ya lo han incorporado en su legislación interna, por ejemplo:

8.1. España

El *child grooming* está tipificado mediante la Ley orgánica 5 de 2010, en el artículo 183 bis del Código Penal que posteriormente fue reformada por la Ley 1 de

5 Corte Suprema de Justicia, SP086-2023, (MP. Hugo Quintero Bernate, 15 de marzo de 2023).

6 Ibidem.

7 "Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual". Abierto para firma el 25 de octubre de 2007. *Council of Europe Treaty Series* No. 201.

2015. Esta creó el artículo 183 ter compuesto de dos numerales, los cuales tipifican de la siguiente forma⁸:

[...] «1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.»

Es decir, de acuerdo con el ordenamiento español son punibles los actos de “*online grooming*” cuando el menor no ha cumplido la edad de 16 años, sin importar que los fines del agente. Pero no será punible este delito “cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez” y exista un consentimiento libre por parte del menor de 16 años⁹.

8.2. Ecuador

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en su artículo 173 tipifica el contacto con finalidad sexual con menores de 18 años por medio electrónicos, en el artículo se sanciona a la persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de 18 años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica¹⁰. Añade el artículo que:

8 Ley Orgánica 1/2015. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada el 31 de marzo de 2015. Tomado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>

9 Ibidem

10 Código Orgánico Penal Ecuatoriano, artículo 173. 10 de Febrero de 2014. (Ecuador). Tomado de: https://sherloc.unodc.org/cld/en/legislation/ecu/codigo_organico_penal/libro_primer/articulos_168_173_174/articulos_168_173_174.html!

[..] Cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona que suplantando la identidad de un tercero o mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos, establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de dieciocho años o con discapacidad, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

8.3. Perú

La Ley N° 30096 de Delitos Informáticos del Perú, recientemente modificada por el Decreto Legislativo N° 1614 publicada el 13 de diciembre de 2023, en su artículo 5 sobre las proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos dispone que se comete la conducta cuando una persona a través de internet u otro medio análogo contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero. La pena que se estipula es no menor de seis ni mayor de nueve años¹¹.

La pena será no menor de tres ni mayor de seis años, cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años y medie engaño. En todos los casos se impone, además, la pena de inhabilitación conforme a los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11 del artículo 36 del Código Penal.”¹²

8.4. Argentina

El artículo 131 del Código Penal argentino incorporó la figura del Grooming castigando con prisión a quien “por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”¹³.

11 Diario Oficial Bicentenario el peruano. Decreto legislativo N° 1591. Publicado el 13 de diciembre de 2023. Tomado de: <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2243815-1>

12 Ibidem

13 Código Penal Argentino, artículo 131. Ley 26.904. Promulgada el 4 de diciembre de 2013. Tomado de <https://bit.ly/4aYeJEx>

Conclusión

El uso de las TIC nos ha traído múltiples beneficios en las labores cotidianas, por ejemplo, las plataformas digitales nos permiten llevar a cabo transacciones sin salir de casa, buscar información de manera rápida y completa, entre otros. Pero, así como evoluciona la sociedad, y en aplicación a la política criminal, es necesario que el Derecho Penal se actualice en cuanto a la conformación de nuevos tipos penales como lo son los delitos informáticos; para que pueda cumplir con su razón de ser y evitar que se cometan conductas delictivas.

Por medio del presente análisis jurídico de la sentencia SP086-2023, se evidencia que aún falta regular en el ordenamiento jurídico colombiano más leyes sobre protección a menores de edad mediante canales digitales, pues para casos que tienen que ver con el *grooming* o *sexting* lo que se hace es que, a falta de un artículo que consagre tácitamente una sanción, se remite a precedentes jurisprudenciales. En el caso de la sentencia, Fernández terminó siendo condenado puesto que hubo tocamientos indebidos hacía la menor de edad, por tanto, se le imputó el delito acto sexual con menor de 14 años de acuerdo con el artículo 209 del código penal. En el fallo, solo se mencionó que el Grooming fue un acto preparatorio en cuanto a que por vía chat el implicado se ganó la confianza para luego cometer el acto. En este sentido, se cuestiona el hecho de ¿cómo se podría proteger a los menores de edad en caso de ser víctimas de Grooming y que este no implique la consumación de otro tipo penal protegido en el ordenamiento jurídico colombiano?

Por esto, se considera que el *grooming* debe ser un tipo penal independiente de medio y de tipo doloso, en donde se castigue a la persona que través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación, contacte con un menor de 16 años edad sin que medie consentimiento. En aplicación al Derecho comparado, sería interesante la aplicación del sistema español en donde no es punible este delito “cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez” y exista un consentimiento libre por parte del menor de 16 años¹⁴. De esta manera, se considera que se podría dejar de revictimizar a menores de edad en sus interrogatorios y a su vez, si se logra un buen manejo de la política criminal, la reducción del número de agresiones a menores en medios electrónicos.

De acuerdo con el comunicado de prensa del año 2023 de la Secretaría de Seguridad, Convivencia y Justicia, según cifras del Centro Cibernético de la Policía, se capturaron 214 personas en el país por delitos informáticos y explotación sexual

infantil en Internet¹⁵. El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia menciona que son derechos fundamentales de los menores su vida y su integridad física, sin embargo, esta protección se omite a falta de leyes que permitan la judicialización de sus agresores.

Se concluye que, es necesario el Derecho explore otras formas de proteger a las personas y se actualice conforme avanzan los espacios tecnológicos. Como el delito de *grooming* no está reglamentado ni tipificado en Colombia, sin constituir un acto preparatorio, se está desprotegiendo a los menores de edad que hoy en día hacen uso de los sistemas informáticos y caen en los engaños que están en la red. Asimismo, realizando la investigación se logró evidenciar que (i) existen pocos fallos sobre el *grooming* en Colombia; es difícil su judicialización e investigación, (ii) se debe tener en cuenta la ubicuidad al momento de tipificar el delito, toda vez que el contexto en el que se desarrolla es un medio virtual. (iii) el Grooming debe ser castigado como un delito de mera conducta que se desarrolla en un medio virtual.

Bibliografía

- Código Orgánico Penal Ecuatoriano, artículo 173. 10 de Febrero de 2014. (Ecuador). Tomado de: https://sherloc.unodc.org/cld/en/legislation/ecu/codigo_organico_penal/libro_primer/articulos_168_173_174/articulos_168_173_174.html?
- Código Penal Argentino, artículo 131. Ley 26.904. Promulgada diciembre 4 de 2013. Tomado de <https://bit.ly/4aYeJEx>
- “Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”. Abierto para firma el 25 de octubre de 2007. *Council of Europe Treaty Series* No. 201.
- Corte Suprema de Justicia, SP086-2023 (MP Hugo Quintero Bernate, 15 de marzo de 2023)
- Corte Suprema de Justicia, SP086-2023 (MP. Hugo Quintero Bernate, 15 de marzo de 2023).
- Corte Suprema de Justicia, SP219-2023 (MP. Fernando León Bolaños Palacios, 7 de junio de 2023)

15 Secretaría de Seguridad, Convivencia y Justicia. “Comunicado de Prensa”. 06 de septiembre de 2023. Tomado de: <https://scj.gov.co/es/noticias/alerta-l%C3%ADnea-la-nueva-estrategia-prevenir-E2%80%98ciberdelitos%E2%80%99-afectan-j%C3%B3venes-bogot%C3%A1>

- Cruz Bolívar, Leonardo. "El 'Child Grooming' y regulación del delito sexual virtual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia". *Revista Derecho Penal y Criminología* 42, n.º 113 (2021): 43-96. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v42n113.03>
- Diario Oficial Bicentenario el peruano. Decreto legislativo N° 1591. Publicado el 13 de diciembre de 2023. Tomado de: <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/2243815-1>
- Ley Orgánica 1/2015. Por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicada el 31 de marzo de 2015. Tomado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>
- Secretaría de Seguridad, Convivencia y Justicia. "Comunicado de Prensa". 06 de septiembre de 2023. Tomado de: <https://scj.gov.co/es/noticias/alerta-l%C3%ADnea-la-nueva-estrategia-prevenir-%E2%80%98ciberdelitos%E2%80%99-afectan-j%C3%B3venes-bogot%C3%A1>