

EL “CHILD GROOMING” Y REGULACIÓN DEL DELITO SEXUAL VIRTUAL CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA

*Leonardo Cruz Bolívar**

Resumen: A raíz de los esfuerzos de diferentes organizaciones internacionales, el *child grooming* es considerado un delito en diferentes legislaciones alrededor del mundo, aun así, en Colombia la consolidación de esta figura permanece en desarrollo sin suficientes aportes jurisprudenciales o doctrinales. Este aporte busca analizar los lineamientos generales de esta figura y adicionalmente propone algunos cambios en la legislación penal, con el propósito de sancionar algunas conductas de abuso sexual virtual, realizadas contra niños, niñas y adolescentes.

Palabras clave: ciber-acoso; política criminal; abuso infantil; delitos sexuales; pornografía infantil y ciber-criminalidad.

* Abogado, especialista en Derecho Penal y Criminología y magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a doctor por la Universidad de León, España. Docente de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: cruzbabogados@etb.net.co. Fecha de recepción: 5 de marzo de 2021. Fecha de aceptación: 27 de abril de 2022. Para citar el artículo: 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, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 43-96. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v42n113.03>.

CHILD GROOMING AND COLOMBIA'S REGULATION OF CRIMINAL OFFENSES AGAINST MINORS

Abstract: Due to the effort of international organizations, child grooming is today considered a serious crime in several countries. Nevertheless, in Colombia, its understanding based on the statutory law and judicial development remains uncertain. This article approaches the child grooming's guidelines, and inquiries on the perspectives of this misbehavior inside the current law and the legal system as a whole. In addition, proposes some changes in Colombian criminal code in order to punish some conducts related to the virtual abuse against minors in a serious manner.

Keywords: child grooming; cyber-bullying; criminal policiy; child abuse; sexual crimes; child pornography and cyber-crime.

1. POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL Y POLÍTICA CRIMINAL INTERNA

La aprobación tardía en nuestro país de la Convención internacional contra la ciberdelincuencia, conocida como “Convenio de Budapest”¹, además de ser un episodio de trascendencia para el derecho penal en cuanto a la posibilidad de reflexionar en torno a algunos aspectos relacionados con la pornografía infantil y su difusión por medio de sistemas de información, es ante todo una muestra más de que la concepción tradicional de la política criminal ha venido variando al paso de los años, en el sentido de que esta se encamina de manera decidida hacia una perspectiva cada vez más internacionalizada, por lo menos en lo que se refiere a ciertos fenómenos delictivos cuyo impacto ha sensibilizado a organismos internacionales.

En este marco de internacionalización del derecho penal, desde luego constituye un capítulo aparte el derecho internacional de los derechos humanos, que, como es ampliamente conocido, en aquellos instrumentos que han sido ratificados por Colombia

1 Esto mediante la Ley 1928 del 24 de julio de 2018, que aprobara el convenio sobre la delincuencia informática del 23 de noviembre de 2001 en Budapest. Dicho convenio incluye en su título 3, artículos 9 y siguientes, diversas consideraciones en relación con la pornografía infantil; y aunque no se refiere expresamente a las conductas de *child grooming*, se relaciona con este fenómeno delictivo en la medida en que invita a los estados firmantes a sancionar determinadas conductas penales que se cometen contra menores por medio de sistemas informáticos. Si bien esta legislación es reconocible en pro de la prevención de daños a menores, al ser el convenio emitido hace ya más de 16 años, su enfoque en lo tecnológico puede mostrarse en algunos apartes un tanto vetusto. No puede desconocerse, sin embargo, que en algunos aspectos esta normatividad ya había ejercido influencia en el Código Penal colombiano, como en efecto ocurrió con la inclusión del título VII bis del Código Penal en el año 2009, denominado “De la protección de la información y de los datos”.

hace parte del bloque de constitucionalidad, el cual moldea y limita cualquier pretensión penal interna.

Pero más allá de lo anterior, la actividad jurídica emanada de la comunidad internacional no solamente se ha hecho evidente en algunos casos porque se trate de criminalidad específicamente transnacional², situación presentada con fenómenos como el terrorismo, el narcotráfico, el lavado de activos o la corrupción, sino también porque el efecto devastador de ciertos comportamientos criminales ha dejado huella en sectores de las sociedades que resultan más vulnerables, como las mujeres afectadas por conflictos armados o circunstancias de discriminación, niños víctimas de toda clase de amenazas, abusos sexuales o explotación de diferentes formas. Tampoco podríamos sostener que la constante tendencia a *la armonización de las reacciones penales* tenga el propósito de combatir de forma más o menos unificada en el ámbito internacional delitos de reciente aparición, pues sólo por mencionar casos como el de la tortura o la trata de personas, están muy lejos de ser delitos de aparición reciente.

Por todo lo mencionado, más allá de las normatividades nacionales, en la actualidad tanto los fenómenos delictivos antes indicados, como muchos otros que se omiten en la mención azarosa que se hizo en el párrafo anterior, han sido objeto de alguna clase de regulación internacional, esto aun cuando la fuerza vinculante de dichas disposiciones resulte discutible. En efecto, organizaciones multilaterales o grupos de países con intereses similares se han agrupado con el común propósito de crear insumos jurídicos que les permitan combatir y sancionar por vía del derecho penal estructuras delictivas que pueden presentarse de formas igualmente variables.

Hoy la política criminal no fija su atención sólo en aquello que ocurre en el interior de las fronteras de un país, sino que amplía sus horizontes hacia lo internacional buscando reaccionar a fenómenos delictivos de manera más uniforme y en conjunción con otros estados u organizaciones como la ONU, OEA o la OCDE, sin que ello quiera decir que las cargas asignadas a los estados individualmente considerados al momento de enfrentar el delito sean necesariamente equilibradas o simétricas³.

2 Criminalidad sobre la que hace énfasis Cancio Meliá, “Internacionalización del derecho penal y la política criminal, algunas reflexiones sobre la lucha jurídico-penal contra el terrorismo”, en *Revista CENIPEC*, 29, 2010, p. 85.

3 Los acuerdos entre países marcadamente desiguales muestran una problemática en la internacionalización del derecho penal, consistente en que, como ocurre en otros ámbitos de las relaciones internacionales, el más fuerte impone condiciones frente a los demás; para la muestra, la política criminal contra el narcotráfico, en donde los Estados Unidos se limita a ayudas internas a los países productores, previas presiones de toda índole, mientras que su política criminal interna es claramente tolerante al consumo generalizado de las drogas.

De esta manera, en los tiempos que corren la doctrina ha llegado a entender el derecho penal como herramienta intercultural⁴, teniendo en cuenta el grado de retroalimentación a la que han llegado no sólo los países europeos sino en general varios sectores en el concierto internacional.

Resulta entonces incuestionable el alto valor que ciertos elementos del orden internacional vienen ofreciendo al derecho penal, aunque en ocasiones sea empleado internamente como simple punto de referencia, no sólo por reflejar preocupaciones comunes a los diferentes países, sino también por ofrecer experiencias conjuntas a los estados que enriquecen las decisiones político-criminales, a pesar de que, como lo indica la doctrina, en ocasiones esas consideraciones en el orden multilateral tengan un perfil que muestra preocupantes vaivenes, similares a los ocurridos con la política criminal doméstica⁵.

En ese ámbito de influencia podemos diferenciar dos formas de posicionamiento de tales instrumentos internacionales en el derecho penal interno. El primero, más formal y conocido como *hard law*, lo encontramos en Colombia, a título de ejemplo, en la adopción de la incorporación de la legislación interna de la Convención sobre derechos del niño, que se adoptó como legislación interna por medio de la Ley 12 de 1991 y su protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, aprobado este último por la Ley 762 de 2002⁶. Igual situación se presenta con otros fenómenos complejos de la criminalidad que son de preocupación interna o externa y sobre la que se ha optado por la inclusión formal en la legislación interna⁷. Estos instrumentos tienen una plena validez formal y entran en el ordenamiento con pleno efecto de ley. Precisamente, en la materia que se pretende abordar en este estudio, el delito sexual virtual que afecta a niños, niñas y adolescentes, el ya citado Convenio de Budapest entró en plena validez formal, con la ya citada Ley 1928 de 2018.

Precisamente dentro del marco de los derechos de niños, niñas y adolescentes encontramos sin embargo que la aportación de los instrumentos emitidos por la ONU en lo

4 Kubiciel, M. 2013. Ciencia del Derecho penal y política criminal europea. *Derecho Penal y Criminología*, 34, 97 (dic. 2013), p. 30, haciendo referencia el autor al tratado de Lisboa de 2009. Sobre un derecho penal europeo común y su constante afianzamiento, ya se habían dado pasos importantes en la doctrina, como el autor antes citado lo reconoce, en Vogel, Joachim, Política criminal y dogmática penal europeas, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/13vogel>.

5 Cancio Meliá, ibídem, p. 94.

6 Ley 13 de 1974, aprobatoria de la Convención única de estupefacientes realizada del 30 de marzo de 1961; Ley 43 de 1980, aprobatoria del Convenio de Viena sobre sustancias sicotrópicas de 1971; Ley 67 del 23 de agosto de 1999, aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, entre otras.

7 Sobresalen casos como el de la Ley 70 de 1986, que aprobó la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada en Naciones Unidas en diciembre de 1984.

que se refiere al ámbito del derecho penal de infancia y adolescencia ha trascendido en amplia medida en la legislación interna, pues compilaciones ampliamente difundidas, como las Reglas de Beijing, o las directrices de Ryad, no solo han sido entendidas como una inspiración político-criminal para la toma de decisiones de los diferentes países, sino que, de manera aún más directa, en Colombia la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha llegado a considerarlas parte del bloque de constitucionalidad y por ende, es imperativa su aplicación a casos particulares conocidos por la justicia, de tal manera que trazan caminos para solucionar problemáticas a las que se enfrenta el sistema penal de infancia y adolescencia, conocidas por las autoridades judiciales.

Pero en un segundo ámbito de influencia el entorno jurídico internacional tiene matices y sus instrumentos pueden ser variados, por ello, al lado de las diferentes convenciones o tratados que se han incorporado al ordenamiento de manera formal, otras manifestaciones del orden internacional se están haciendo presentes desde hace ya tiempo en las discusiones político-criminales, de manera independiente a si los estados las incluyen o no como legislación interna.

Concretamente, organismos como Naciones Unidas expiden documentos relacionados con problemáticas concretas de la criminalidad, pensados para apoyar a los estados y brindarles no solo catálogos de principios, sino verdaderas herramientas judiciales y extrajudiciales que les permitan unir esfuerzos en la protección de determinadas poblaciones, afrontar condiciones no deseables en la sociedad, mejorar prácticas judiciales o acrecentar la protección de determinados grupos étnicos o con algún grado de vulnerabilidad.

Estos últimos elementos, conocidos bajo el anglicismo *soft law* y cuyo análisis jurídico no se pretende abordar aquí, se centran en mayor medida en exhortar que en vincular, mas no por ello podríamos decir estos grupos de instrumentos internacionales carecen un grado importante de influencia desde lo internacional hacia lo interno⁸.

8 Guzmán/Meyer, *International soft law*, 2 J, *Legal analysis*, Berkeley, pp. 171 y ss. Para estos autores el término *soft law* plantea cuatro diferentes frentes en el derecho internacional. En primer lugar, es una forma rápida e informal de dinamizar los compromisos entre los estados; en una segunda perspectiva, el *soft law* busca que los estados puedan comprometerse con menos riesgos jurídicos internacionales; en tercer término, el *soft law* concreta compromisos fácilmente subsanables o renegociables por los estados, o por lo menos son más dinámicos que en un esquema de *hard law*; como cuarto y final argumento, estos autores consideran que el *soft law* se construye desde las decisiones de los tribunales internacionales que son admitidas por los estados al interpretar la legislación internacional. En otra perspectiva, la misma ONU ha expresado acerca que esta compleja faceta del derecho internacional se entiende como “el conjunto de resoluciones, declaraciones, recomendaciones y actos similares emitidos por las organizaciones internacionales, sin un carácter obligatorio según la ley pero que pueden constituir fuente efectiva de compromisos y que con frecuencia llegan a emerger como derecho internacional, es conocido comúnmente como “soft law”. ONU, *International Law Aspects of Countering Terrorism*: <https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/FAQ/English.pdf>.

Ya acercándonos más a nuestro objeto de estudio, documentos expedidos por la ONU, Unicef⁹, la OCDE¹⁰ y muchos otros denotan una fuerte presión no formal pero tal vez no por ello menos efectiva, a los estados para tomar medidas en todos los sentidos posibles para enfrentar la criminalidad que afecta a los niños, niñas y adolescentes en la red.

Además de la fuerza que pueden tener las aportaciones internacionales ya indicadas, recientemente se pueden observar influencias adicionales de otras organizaciones de estados, diferentes a las relacionadas líneas atrás¹¹ así como organizaciones civiles¹² que pueden ejercer presión a la política criminal interna y que por su peso pueden llegar a constituir referentes de importancia en relación con el tratamiento de problemas comunes internos, como, precisamente, el abuso infantil.

Dentro de todo este entorno internacional ha existido, tanto a nivel de *soft law* como de normatividad formalmente incluida en la legislación, una constante referencia a la protección de niños, niñas y adolescentes de toda forma de abuso sexual, violencia o explotación. Por ello, un país como el nuestro, desafortunadamente recurrente en estos tortuosos fenómenos, no debe dar la espalda a las indicaciones internacionales que le marcan derroteros político-criminales en relación con delitos contra niños, niñas y adolescentes. En lo que sigue haremos referencia a algunos de esos instrumentos para analizar el objeto de estudio.

2. EL USO GENERALIZADO DE LAS TIC COMO ACELERADOR DE POSIBLES ABUSOS SEXUALES CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En la tarea de identificar las problemáticas conjuntas que interesan al derecho penal por parte de organizaciones internacionales, desde finales de los años noventa del

9 Es el caso del proyecto Innocenti, exhorta directamente a los estados a tomar medidas para la protección de los niños frente a los delitos cometidos en internet, al respecto: “La seguridad de los niños en línea. Retos y estrategias mundiales”, 2012.

10 OCDE, Protecting children on line, mayo de 2020. An overview of recent developments in legal frameworks and policies.

11 Dos ejemplos a este respecto: el primero se encuentra en el Consejo de Países del Mar Báltico (compuesto por once países: Dinamarca, Estonia, Finlandia, Alemania, Islandia, Latvia, Lituania, Polonia, Rusia, Noruega y Suecia), organismo puede ser considerado algo lejano a nuestras latitudes, pero su visión del mundo y capacidad de enfocar problemas como precisamente la protección de los menores frente a riesgos en la internet, ofrece serias reflexiones y recomendaciones que vienen respaldadas por sociedades con altos estándares de desarrollo, <http://www.cbss.org/council/>; el segundo, la OCDE, grupo de países con una inspiración abiertamente económica, a diferencia del anterior que parece más social y ambiental, pero que también dentro de sus documentos conjuntos muestra especial interés en problemas relacionados con la infancia y adolescencia, concretamente en referencia al abuso de menores derivado de la internet. <http://www.oecd.org/>.

12 Como es el caso, también a título de ejemplo, de la organización civil ECPAT, con presencia mundial y en el caso de Colombia hace presencia con la fundación Renacer <http://www.ecpat.org/>.

siglo XX, se puede notar una creciente actividad en relación con el uso de la internet, las redes sociales y las conocidas comúnmente como tecnologías de la información y la comunicación (TIC)¹³.

Esas preocupaciones se han enfocado precisamente en que el uso de internet muestra de un lado los beneficios propios de la libre conexión y transmisión de datos entre personas, mientras que de otro la problemática en torno al contenido de aquello que se transfiere, almacena y difunde por el público, pues en el ámbito de las TIC el hecho de que en materia de información *todos tengan acceso a todo* puede en principio ser entendido como algo beneficioso para la sociedad, mas no lo es tanto en eventos en los que entra en juego la intimidad de las personas, sobre todo de los menores, esto desde luego sin desconocer el problema de las noticias falsas, que no es objeto de este trabajo¹⁴.

Ante esta realidad, la comunidad internacional se movilizó bajo la necesidad de instar e incluso presionar a los diferentes estados para que en sus respectivas legislaciones tomaran acciones concretas enfocadas en prevenir y sancionar específicos fenómenos que constituyen una realidad avasallante, esto es, la vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes frente al voraz apetito no solo de depredadores sexuales consumados, sino también de ocasionales abusadores que encuentran en la red jóvenes víctimas dentro de su círculo más cercano.

En la reacción internacional que se viene mencionando ha sobresalido el entorno anglosajón¹⁵, que logró conceptualizar situaciones de riesgo o lesión en contra de los

13 Sobre el uso de este término en español, Miró Linares, “El cibercrimen”, p. 25, nota 1. Este vocablo se ha generalizado y recoge la expresión tecnologías de la comunicación e información, al punto que en Colombia se le denomina oficialmente el “Ministerio TIC” a la cartera dedicada a las tecnologías de la comunicación e información, antiguamente conocido como Ministerio de Telecomunicaciones. Según la organización Colombia Digital, <https://colombiadigital.net>, se entiende por “TIC”: nuevas tecnologías de la información y comunicación empleadas para la transmisión de contenidos a través de internet, las cuales funcionan como medios y aplicaciones en el desarrollo de las actividades de los individuos. Gracias a estas, los campos de la educación, cultura, política, opinión y demás han logrado avanzar en la distribución y masificación de sus contenidos, planes de acción y trabajo y las diversas funcionalidades en sus áreas. Las TIC actúan como herramientas y medios para el envío de mensajes minuto a minuto en la red. Otro concepto que se asocia con estas es como sociedad de la información, gracias a los avances de internet el conocimiento ya no solo reside en los padres, docentes, instituciones y centros de investigación, hoy día el rápido acceso al mundo virtual permite a todos los usuarios hallar todo tipo de contenidos.

14 La rapidez y amplitud de internet ha permitido que ante la desconfianza que se tiene de los medios de comunicación tradicional, algunos recurran a Facebook, Whastapp, Youtube, Tiktok o Twitter para difundir toda clase de bulos encaminados favorecer intereses particulares, lo que ha fenómeno de las “fake news”, cuya influencia en la vida de nuestro tiempo es incuestionable.

15 Ampliamente sobre la introducción del *child grooming*, en el ámbito anglosajón, Villacampa Estiarte, Carolina, El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 67 y ss. Así lo reconoce igualmente Ramos Vásquez, “Presente y futuro del mal llamado

menores en la internet, de ahí que en tiempos más o menos recientes surgieron términos como *sexting*¹⁶, *child grooming*, *sextorsión*¹⁷, *cyberbullying*¹⁸ o *cyber dating abuse*¹⁹, entre otros, que son hoy reconocidos en diversos lugares del mundo, para designar actos particulares contra menores que de una u otra manera son abusados en la red.

De esta manera, en los últimos años, muchos y muy diferentes elementos del ámbito internacional han influenciado ampliamente legislaciones de diversos países para que dentro de sus ordenamientos internos tipifiquen conductas especiales que pretenden sancionar concretos casos de abuso de menores, concretamente aquellos que se presentan a raíz de uso de redes sociales y en general de las nuevas tecnologías de la información.

Si bien el Convenio de Budapest contra la cibercriminalidad fue uno de los primeros y más relevantes instrumentos internacionales que se enfocaron en los aspectos más problemáticos de la infancia víctima de la red, otro grupo de resoluciones, recomendaciones y documentos de organizaciones internacionales en buena parte ha motivado a diversos países del concierto internacional a sancionar expresamente comportamientos

delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma del [Código Penal] de 2012 y 2013”, quien cuestiona la exagerada reacción en relación con un fenómeno que se torna como innecesario para la protección de los menores, para lo cual refiere algunos aspectos estadísticos e incluso psicológicos de víctimas y victimarios, pp. 183 y ss.

- 16 Se ha entendido esta práctica como “la producción y distribución de imágenes por vía de teléfonos inteligentes de una persona en posiciones provocativas o reveladores de índole sexual, esto incluye actos relacionados con imágenes de orden sexual utilizadas para el acoso o *cyberbullying*”. Kolpakova, O. (ed.), *Online behaviour related to child sexual abuse: Focus groups’ findings*. Council of the Baltic Sea States, Stockholm: Robert project, 2012, p. 25.
- 17 Tomado de la expresión en inglés “sextortion”, que hace referencia al constreñimiento en el cual el medio utilizado para la presión o coacción indebida está constituido por imágenes, videos o cualquier contenido sexual generado en el ámbito virtual que, usualmente un menor de edad pero también un adulto, ha entregado por diversos motivos al abusador.
- 18 Se entiende por este el acoso que sufren, por lo general, los niños, niñas o adolescentes en las redes sociales o cualquier otro medio relacionado con la internet, usualmente por sus propios pares con ocasión de sus actividades escolares, deportivas o sociales y se manifiesta en críticas indolentes, insultos, discriminación, atentados contra la dignidad de la víctima por sus características físicas, aptitudes, discapacidad, defectos, extracción social o étnica.
- 19 Esta figura es tal vez la que ha emergido más recientemente, en su tratamiento, desde luego no en su aparición, y consiste en el acoso o agresión en la red, que se realiza entre parejas, usualmente adolescentes, que no tienen relaciones formalizadas. Como se sabe la expresión “date” (cita) es utilizada para describir una relación en que las parejas se encuentran y comparten momentos, salidas esporádicas, tiempo con amistades, sexo, etc., pero no necesariamente envuelven un compromiso serio y constante. La expresión en inglés es ampliamente difundida aunque en diferentes países latinoamericanos, en idioma español, se utilizan diferentes denominaciones para esa clase de relaciones. Lo cierto es que las agresiones en la red, derivadas de las comunicaciones entre jóvenes según fuentes que han tratado el asunto con profundidad, han ocasionado en las víctimas depresión, desórdenes de ansiedad y estrés postraumático, entre otras consecuencias. Borrajo, E., Gámez-Guadix, M., Calvete, E., *Cyber dating abuse: Prevalence, context, and relationship with offline dating aggression*, en *Psychological Reports: Relationships & Communications*, 2015, 116, 2, pp. 565-585.

ya mencionados, como el *child grooming*, el *sexting* o el *cyberbullying*, entre otros, como también comportamientos relacionados con la pornografía infantil²⁰, sin olvidar que las figuras delictivas antes indicadas y otras similares no son del todo independientes, pues presentan conexiones frecuentes al momento de su realización.

Si bien no es el cometido de este trabajo analizar todos los documentos internacionales, como tampoco las legislaciones que han regulado el objeto de estudio, ya que ello sería hoy un propósito inabarcable, sí haremos referencia en el siguiente acápite a varias legislaciones que se han expresado en el ámbito internacional y que han tratado de diversas formas las problemáticas existentes al respecto, ofreciendo recomendaciones a diversos sectores de la sociedad para evitar la victimización de niños, niñas y adolescentes.

Todo lo anterior sin olvidar que el *child grooming* produce enconadas y en algunas ocasiones válidas reacciones contrarias a su regulación, en dos aspectos puntuales principalmente: el primero, relacionado con un posible sobredimensionamiento del riesgo que representa el comportamiento de los menores en la red, y, de otro lado, la inusitada anticipación de las barreras de punibilidad que lleva consigo el sancionar el solo contacto con un menor siempre que este sea con fines sexuales²¹. Pero sin perder de vista la realidad y omnipresencia de la figura, en la situación actual del derecho penal en el mundo occidental no queda más que el propugnar la consolidación de senderos de interpretación que garanticen sanciones a quienes atentan contra el desarrollo sexual de niños, niñas y adolescentes, pero en el marco estricto de las garantías constitucionales.

20 Definido por el Convenio de Lanzarote, artículo 20.2 como “Todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales”.

21 Como lo indica Miró Linares refiriéndose al cibercrimen en general, la situación en esta problemática se desenvuelve de forma pendular entre la exageración y la banalización, El cibercrimen, pp. 288 y ss. Como ejemplo de lo que sería un rechazo a cierta exageración en la sanción del cibercrimen en el entorno sexual principalmente contra menores, está Ramos Vázquez, José, “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 8, julio de 2012, pp. 195-227, quien sostiene: “A los pánicos morales y el control sobre todo aquello que subvierta la jerarquía entre géneros debemos unir el mecanismo del chivo expiatorio como catarsis de nuestras tensiones sobre los menores y su/nuestra sexualidad y, por último, la creciente obsesión por un ideal de pureza que no sólo tiene como objeto la (sobre) protección de los menores (como podríamos suponer en una primera impresión) sino también el control sobre su propia sexualidad (e, incluso, la configuración de nuestra propia identidad, como diremos inmediatamente)”. Y la postura contraria se encuentra precisamente en el escenario sobre el cual el autor antes citado exagera su crítica, esto es, en Estados Unidos, en donde se observa una alarma social muy pronunciada en contra del delincuente sexual cibernético, que ha ensalzado la reacción penal y toda clase de medidas para, supuestamente, conjurar el problema con un preocupante tinte moralizante que reconocen además otros autores que abordan el tema, como Villacampa, Delito del *online child grooming*, pp. 79 y ss., quien utiliza el término “transferencia” de la política criminal, creo, haciendo significar que en efecto la política de ese país no se impone más allá de sus fronteras por procesos reflexivos y sustentados científicamente, sino por vía de los medios de comunicación e incluso por medio de programas y shows televisivos.

En ese marco nos centraremos en lo relacionado con los problemas jurídico-penales del *child grooming*, como figura regulada en el ámbito del derecho penal colombiano y algunos comportamientos que se relacionan con esta forma delictiva que nos mostrarán la necesidad de ajustar la legislación penal en algunos puntos específicos, no sin antes analizar algunos elementos relacionados con las particularidades del mundo de las comunicaciones basadas en las TIC, el uso de redes sociales y la realidad virtual.

3. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LOS DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LAS TIC Y REDES SOCIALES

Hoy es ampliamente aceptado que las TIC, en sus diversas manifestaciones, han cambiado por completo la sociedad²², hecho que inició con la aparición de la internet, y que continúa en su paso avasallante hacia horizontes que no son del todo claros, pues predecir la intensidad y las implicaciones de este embate de las comunicaciones tecnológicas, irónicamente, puede resultar en un ejercicio que raya en lo esotérico.

La mutación de la sociedad de hoy, que ha creado nuevas formas de relacionarse socialmente, al tiempo que ha trastocado de manera brusca el ámbito de lo más íntimo, como es la esfera sexual y ello ha llevado consigo, desafortunadamente, la aparición del abuso y consecuentemente el delito sexual en el entorno de las TIC y las redes sociales.

Esas reflexiones llevan a pensar al menos tres elementos especiales que se puede constituir en un reto para la reacción penal para proteger a niños, niñas y adolescentes de la intrusión de embaucadores sexuales en su intangibilidad sexual.

a. *La inmediatez en el acceso y conocimiento de las víctimas*: Contrario a lo que se puede pensar en un primer momento, el abusador en el mundo virtual puede tener un acceso más rápido y efectivo a los niños, niñas o adolescentes si se compara con el mundo real, situación que le permite llegar a diferentes víctimas en cuestión de minutos. Lo anterior tiene como efecto que el abusador en estos casos llega a sus víctimas con un valor agregado, que consiste en la información que recauda sobre su objetivo, puede ser incluso más específica y cualificada de aquella obtenida en un acercamiento a su víctima en un escenario presencial. Cuando el embaucador contacta a su víctima, puede ya tener amplio conocimiento de su entorno, sus gustos

22 Por todos: “[...] más recientemente, hay toda una serie de autores (Turkle, 1997; Rheingold, 1996...) que sostienen que vivimos un momento epocal en el que las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), a través de la producción de simulaciones y entornos virtuales, redefinen completamente la textura de lo social”. Domènech/Tirado, “Lo virtual y lo social”. Athenea Digital. Revista de pensamiento e investigación social, jun. 2002. Disponible en <https://atheneadigital.net/article/view/n1-domenech-tirado>.

y miedos, pues al interactuar por medio de las redes sociales, puede lograr recopilar por este medio información valiosa para sus fines delictuales²³.

b. *Ubicuidad*: Conocida como la desterritorialización²⁴, el victimario en estos casos, como se ha venido sosteniendo, tiene la posibilidad de estar en muchos lugares a la vez, por decirlo de una forma metafórica, pues nada le compele a revelar o insinuar el lugar específico desde donde actúa, incluso puede fingir estar en un lugar determinado. Igualmente sus víctimas pueden estar en cualquier parte. A pesar de que, como se ha sostenido, una parte del *grooming* puede ser entendido como la búsqueda de un contacto sexual real por medios virtuales, el abusador en estos casos puede actuar desde lugares medianamente lejanos, ello se ha podido constatar en diferentes casos de *child grooming* que van acompañados con la solicitud de viaje que se hace a la víctima buscando desplazamiento para el encuentro sexual²⁵. Pero la ubicuidad no solo corresponde al victimario, sino que la víctima no es afectada en una sola dimensión, sino que en algunos eventos, como serían los de obtención de pornografía infantil por medio de engaño o coacción, los posibles afectados aparecerán en todo un universo virtual que estará al acecho sin límites de ninguna clase, haciendo del cuerpo algo que está más allá del alcance del control de su propio dueño. Como lo indica Levi, “la virtualización del cuerpo no es, por tanto, una desencarnación, sino una reinención, una reencarnación, una multiplicación, una vectorización, una heterogénesis de lo humano”. La obtención de imágenes virtuales, en violación de su intimidad y libertad sexual, entraña la posibilidad de producir agresiones infinitas, tantas como reproducciones de la imagen o el video se puedan hacer en el tiempo y en el espacio virtuales.

c. *Múltiples perfiles del abusador*: Desde luego que en el mundo real pueden existir personas que fingen identidades falsas para realizar diversos actos delictivos. Tal cosa ha ocurrido no solo en el ámbito de los delitos sexuales, sino también en el delito de estafa²⁶ y muchos otros. Pero siendo lo anterior cierto, la red ha sido el escenario

23 Miró Linares, *El ciberdelito*, p. 255. Igualmente, Núñez Fernández, Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 2012 y 2013, ADPCP, vol. LXV, 2012.

24 En palabras de uno de los autores que al pasar del tiempo continúa siendo uno más relevantes en el tratamiento de lo virtual, Levy, quién ha considerado sobre este aspecto, “la geografía, contingente, deja de ser un punto de partida y un obstáculo”. En lo que se refiere a una comunidad virtual, agrega: “vive sin un lugar de referencia estable: donde quiera que estén sus miembros móviles [...] o en ninguna parte”.

25 Villacampa Estiarte, Carolina, “El delito de *on line child grooming*...”, p. 140.

26 En Colombia han existido muy conocidos casos de identidades supuestas que han logrado sus objetivos delictivos, como el caso insólito de un joven seminarista que en la ciudad de Neiva, en 1962, se hizo pasar por un supuesto “embajador de la India”, logrando con su timo la inocente ganancia de haber sido homenajeado y atendido con las mejores viandas por cerca de tres días, en momentos en que Colombia no tenía relaciones diplomáticas con el país asiático. Ya en temas más álgidos y relacionados con nuestro objeto de estudio, en 2015 un hombre que tenía apellidos similares a los de un renombrado actor de

perfecto para quien quiera tener diferentes identidades²⁷ y lograr acercarse a menores o a personas incautas. La virtualización del cuerpo y la identidad se constituye en un factor de incremento del riesgo sobre la integridad de los niños, niñas o adolescentes, que ha ocasionado que ellos en un momento específico crean estar interactuando virtualmente con personas de su mismo sexo o de edad cercana a la suya, cuando en realidad interactúan con depredadores que asumen diversas identidades dependiendo del perfil de su víctima.

Luego si bien puede entenderse como una decisión político criminal extremo punitivista, el adelantamiento de las barreras de protección tan severo que se ha consolidado en la sanción penal del *child grooming* se fundamenta sobre aspectos como los antes indicados que apuntan a que no estamos ante peligros iguales a los que surgían de los antiguos abusadores y que sometieron a abusos a los niños, niñas y adolescentes de otras épocas. Como se ha analizado, existen riesgos y situaciones especiales de peligro a la libertad y desarrollo sexual de los niños, niñas y adolescentes enmarcadas en lo virtual que reclaman la respuesta estatal de protección del bien jurídico y ello es lo que ha puesto de presente el entorno internacional mencionado al inicio de este trabajo.

En conclusión, si bien el interés jurídico del legislador siempre estará enfocado a la protección de la intangibilidad sexual de todo ser humano, y en especial de los niños niñas y adolescentes, surge en el delito sexual virtual un ingrediente especial dirigido a la prevención de todo abuso sexual en contra de estos, hecho que trae a la discusión desde luego el establecer hasta qué límite el derecho penal podrá adelantar sus barreras de protección, pues, como se ha criticado, puede llegarse al extremo de concebir el delito de *child grooming* como de peligro “hipotético”²⁸, lo cual a todas luces debe rechazarse.

Por ello, adelantándonos a la solución de una posible problemática en relación con un desbordamiento de la punibilidad a niveles contrarios al estado de derecho, debemos

cine y de la televisión colombiana difundió en medios escritos el estar realizando un “casting” para la próxima producción de quien dijo era su “hermano”, reconocido artista que no tenía relación con el abusador y menos con la puesta en escena por este urdida. Con esa estrategia logró que unos padres incautos llevaran a un hotel a una menor de 12 años con la ilusión de iniciarse en la actividad artística, lo cual fue aprovechado por el abusador para quedarse a solas con la menor y accederla carnalmente. Las falsas identidades y calidades, que, como se ve, de antaño producen efectos en lo delictivo, hoy disparan su presencia en las redes y en general en el mundo virtual, por ello no debería ser un aspecto ignorado por el legislador en la protección de la sexualidad de niños, niñas o adolescentes.

27 En este sentido, también Levi hace referencia al efecto “moebius”, según el cual “la virtualización es siempre heterogénea, volverse otro, proceso de recepción de la alteridad”. Existen, siguiendo a este autor, en la actualidad tres formas de virtualización en el mundo contemporáneo, “la del cuerpo, la del texto y la de la economía”. Levi, Pierre, ¿Qué es lo virtual?, pp. 24-25.

28 Villacampa Estiarte, Carolina, “El delito de *on line child grooming*...”, pp. 158 y 168, refiriendo el término mencionado a Gómez Tomillo, comentarios al Código Penal, p. 731.

considerar que en el delito sexual virtual se debe arribar a una interpretación de la normatividad, de tal manera que se lo sancionado sea un *grooming* tardío, que permita a su vez ver reflejado el riesgo a la libertad y formación sexual del niño o niña en la inducción virtual que a ellos se hace a realizar actividades sexuales como acto de riesgo para el bien jurídico tutelado, es decir, como delito de peligro concreto. Aun así, ello pareciera no abarcar todas las modalidades de conductas virtuales que en la actualidad amenazan a niños, niñas y adolescentes, por tanto es necesario ampliar el espectro de tipificación de manera razonada y proporcional.

4. LA CONCEPCIÓN DEL “CHILD GROOMING” EN LOS ORDENAMIENTOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

4.1. La concepción del *child grooming* de acuerdo con instrumentos internacionales de especial relevancia

Al remitirnos al entorno internacional existen diversas fuentes en donde puede encontrarse un concepto específico de *child grooming*²⁹. Resoluciones y reportes internacionales provenientes de organizaciones dedicadas al estudio de esta problemática han enriquecido la discusión sobre el tema. A continuación se analizarán dos documentos muy relevantes, sin pretender ir más allá de lo ejemplificativo, pues, se insiste, son muchas las instituciones de todo orden que abordan este objeto³⁰.

El documento que puede considerarse de mayor influencia a nivel no solo europeo sino también en Suramérica es 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. De allí procede la concepción de *child grooming* a la cual recurrió el Consejo de Europa con el propósito de invitar a los países miembros a legislar sobre este aspecto, para lo cual en su artículo 123 indicó:

29 Sobre el anglicismo *groom*, se suele hacer referencia en la doctrina de forma amplia, por todos Górriz Royo, Elena, “On-line child grooming”, en *Derecho penal español*, p. 5: “A partir de una interpretación gramatical del término ‘grooming’ cabe apuntar que el significado del verbo ‘to groom’, en lenguaje común, es ‘preparar o entrenar a alguien para un trabajo importante o cargo’”. De otro lado, sobre el surgimiento del término específico, “child grooming”, se ha planteado que fue utilizado en 1985 por el diario *Chicago Tribune*, al referirse a una clase concreta de abusadores sexuales, esto según la organización estadounidense International Centre for Missing and Exploited Children, <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Grooming-For-Internet-de-Ninos.pdf>, 2017, nota 5.

30 En variados documentos hay definiciones que no se citan expresamente en este trabajo pero que pueden ofrecer interés. Dos ejemplos relevantes, como es el caso de Kolpakova, O. (ed.), 2012. *Online behaviour related to child sexual abuse: Focus groups’ findings*. Council of the Baltic Sea States, Stockholm: Robert project, p. 26; también en la OCDE, organización de la que Colombia se ha hecho miembro, se han ocupado de definir el término en *The protection of children on line*, 2012, p. 29.

Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo dieciocho con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.ª del artículo dieciocho o al apartado 1.ª del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.

El reporte final del European Online Grooming Project³¹ ha planteado que esta práctica delictiva contra los menores:

[E]s el proceso por el cual un individuo, por medio de internet, trata de ganarse la amistad de un menor de edad con fines sexuales, a veces mediante cámaras *web* que permiten “compartir” la explotación sexual entre las redes de delincuentes sexuales, y a veces llega incluso a reunirse físicamente con el menor para perpetrar el abuso sexual.

El *child grooming*, en este contexto, se puede caracterizar por medio de algunos elementos que son concurrentes:

1. Se trata de un acto que ocurre, como mínimo, entre dos personas ubicadas en extremos de la red, siendo por lo general un(a) menor de edad quien se presenta como víctima.
2. Mediante actos materialmente individualizables el abusador tiene el objetivo de minar la confianza del (la) menor, por eso se describe el *grooming* como “proceso” pues no se trata de un solo acto de abuso hacia el (la) menor sino de un conjunto de acciones encaminadas a manipular a la víctima.
3. La confianza obtenida por el abusador está claramente encaminada a obtener un encuentro sexual posterior dentro o fuera de la red.

Sin apartarse de este contexto, la doctrina actual además ha estratificado el procedimiento del *grooming* al punto que individualiza los pasos que el embaucador sexual realiza. Al respecto, Villacampa Estiarte³² enuncia cinco pasos del *child grooming*: (a) fase establecimiento de la amistad; (b) conformación o afianzamiento de la relación; (c) fase de valoración del riesgo, esta se identifica como el análisis que hace el

31 Webster, S. *et al.*, Scoping Report: European Online Grooming Project, European Online Grooming Project for the European Commission Safer Internet Plus Programme, Londres, abril de 2010, p. 7.

32 Villacampa, “El delito de *on line child grooming*”, 2015, pp. 23-25, aclarando la autora que en estos pasos sigue la estructuración que hiciera O’Connell, R. “A Typology of Cyberexploitation and Online Grooming Practices”, *cit.*, pp. 6-13.

“groomer” acerca de si continúa su camino teniendo en cuenta las debilidades de su víctima; (d) fase de exclusividad, cuando se torna más individualizable la relación entre víctima y victimario; y (e) fase sexual, cuando el “groomer” asume expresiones sobre sexualidad y una posible interrelación con la víctima basada en lo sembrado en las etapas anteriores³³.

La conducta descrita en los instrumentos y doctrina antes citados ha sido objeto de concretas tipificaciones en diversos ordenamientos jurídicos que en mayor o menor medida se han acercado a los planteamientos internacionales, lo cual ha llevado consigo un reto para las legislaciones internas, pues se trata de un comportamiento que se presenta previo a cualquier lesión efectiva del menor.

5. EL “CHILD GROOMING” EN DIFERENTES LEGISLACIONES

A continuación me referiré a algunas legislaciones penales que por su importancia o cercanía a la nuestra pueden tener mayor interés, lo cual desde luego constituye una elección azarosa en tanto muchos países se han ocupado de concretar la sanción penal de este comportamiento.

5.1. Estados Unidos de América

En Estados Unidos, uno de los países en donde más se ha mostrado especial preocupación por defensores de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en relación con los delitos cometidos a raíz del intercambio de información y datos en la red, se ha consagrado, en su Estatuto Federal³⁴, el § 2422 (b), la siguiente norma que incluye comportamientos realizados en la virtualidad de la internet, aunque no solo esta:

[...] quien con conocimiento induzca, seduzca, persuada o constriña a cualquier otra persona que aún no alcance la edad de dieciocho años, a vincularse con la prostitución o con cualquier otra actividad por la que cualquiera pueda ser acusado de un delito sexual, o intente realizar dicha conducta, puede ser sancionado con prisión de entre 10 años a cadena perpetua³⁵.

33 También se encuentra un diseño del proceso de *grooming* en Montiel, Irene; Carbonell, Enrique y Salom, Miriam. Victimización infantil sexual online: *online grooming*, ciberabuso y ciberacoso sexual, 2014, p. 218.

34 Esta norma hace parte del llamado comúnmente en las fuentes “Federal Child Enticement Statute”, pero que estrictamente se denominó “Protection of Children From Sexual Predators Act” (ley de protección de menores contra depredadores sexuales), expedida en 1998.

35 Salta a la vista la sutileza de la norma al plantear posibilidades de comisión del delito, por ejemplo a quien “intente inducir”, comportamiento que es a todas luces un caso de anticipación punitiva muy discutible, pero que no por ello se ha dejado de instaurar de manera similar en diversas legislaciones.

La jurisprudencia del país norteamericano ha fallado ya casos emblemáticos basados en la norma citada en donde ha encontrado responsables a individuos que mediante el uso de la red, han realizado acercamientos hacia menores de dieciocho años mediando actos indudablemente dirigidos a obtener posteriores encuentros de carácter sexual, concordando con la descripción del delito indicada, como sentencias emblemáticas a este respecto, están, *United States v. Chambers*³⁶ y *United States v. Shill*, entre otros³⁷.

5.2. España

En España se optó por erigir como conducta punible el *child grooming*, mediante la Ley orgánica 5/2010, en el artículo 183 bis del Código Penal, que posteriormente fue reformada por la Ley 1/2015, que creó el artículo 183 ter. compuesto de dos numerales, los cuales tipifican de la siguiente forma:

El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte a un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos 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.

Según la exposición de motivos de la ley en referencia, en España se han cumplido los compromisos surgidos con la Unión Europea en la medida en que dicha Ley 1/2015 pretende, entre otros fines, ajustar el derecho penal español en su parte especial con

36 Daniel Pollack y Andrea MacIver. "Understanding Sexual Grooming in Child Abuse Cases", vol. 34, n.º 11, 642 F.3d 588, 592 (7th Cir. 2011), https://www.americanbar.org/groups/child_law/resources/child_law_practiceonline/child_law_practice/vol-34/november-2015/understanding-sexual-grooming-in-child-abuse-cases.html; comentarios en relación con este fallo en Manero, Gabriela, "Grooming as 'Other Acts' Evidence", Update, National Center for Prosecution of Child Abuse, vol. 23, n.º 7.

37 Un resumen del fallo se obtiene en <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2014/01/24/13-30008.pdf>. Estos dos casos mencionados tienen además la particular característica de que la niña víctima del hecho alertó a las autoridades y estas la sustituyeron frente a su agresor en la red por agentes del FBI, quienes culminaron de forma encubierta los actos de tanteo que realizaba el abusador hasta que éste programó la cita para un encuentro en el que terminó detenido.

las condiciones internacionales marcadas por el organismo multilateral³⁸, ante todo en el ya citado Convenio de Lanzarote, ratificado por España el 22 de junio de 2010³⁹.

Además de los elementos propios del *grooming* que se encuentran descritos en la norma, podemos resaltar de manera apenas esquemática en relación con la norma citada que el legislador español estructuró esta conducta sobre varios elementos. El primero, consistente en que el sujeto pasivo es cualificado en una persona menor de dieciséis años⁴⁰. Como segundo aspecto, resulta muy particular el que dividió la conducta en dos especies dependiendo de la finalidad pretendida por el sujeto activo, esto es, una de mayor sanción, que se refiere a los casos en que el abordaje del menor se hace con el propósito de realizar delitos de acceso carnal o acto sexual establecidos en el artículo 183 del estatuto punitivo español, mientras que al lado de esta se tipificó otra conducta de menor punibilidad, que se refiere al contacto buscado con el propósito de obtener material pornográfico o de revelar a dicho sujeto pasivo, especial material de las características antes indicadas.

Por último, resulta importante para efectos de nuestro estudio que ciertas formas de ejecución de la conducta, como la inducción en error, la coacción o intimidación al momento del contacto, resultan ser factores que agravan la punibilidad en la primera de las hipótesis planteadas en la norma⁴¹.

En relación con la aplicación de esta norma en España, debe reconocerse que ya son varios los pronunciamientos judiciales que se han emitido por el delito establecido en el artículo 183 ter, lo cual muestra que a pesar de las críticas no se trató de una figura sin efecto práctico a pesar de lo polémica que puede ser su descripción típica⁴².

38 Específicamente en referencia a la decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de Europa del 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

39 Establece dicho convenio: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo dieciocho con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo dieciocho o al apartado 1.a del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro”.

40 Esta calificación del sujeto pasivo no se concibió así en la norma de 2010, en donde se plasmó que el menor afectado debería ser menor de 13 años, lo cual fue variado por la Ley 1/2015, sobre dicha transformación, entre otros, Villacampa, el delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores, p. 171.

41 Si bien no se realiza en este aparte un análisis de la indicada norma siguiendo el importante caudal de aportes jurídicos que ha emitido la doctrina española, debo indicar, por ser de muy especial agudeza, la apreciación que realiza Villacampa, en torno a la circunstancia de agravación del tipo, cuando se realiza por medio de error, intimidación o coacción resulta algo propio del *grooming*, razón por la cual terminaría esto, según entiendo, en una forma de lesión del *non bis in idem*. El delito de *online child grooming*, pp. 169 y 170.

42 Górriz Royo, “On-line child grooming”, en *Derecho penal español*, www.indret.com, pp. 3 y 47, ha

5.3. La regulación en Argentina

Este país decidió consagrar dentro de su legislación interna el *child grooming* mediante la Ley 26904 de 2013. Concretamente en la legislación del país austral, se estableció en el artículo 131:

Artículo 131: Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, 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.

Esta legislación se remite en sus antecedentes a las consideraciones que tuvo en su momento la Unión Europea y que influenciaran la legislación española, aunque el producto de las discusiones internas, como es apenas natural, fuera diferente de la legislación del país ibérico. En el tipo penal, como se denota de la transcripción, se optó por el verbo rector “contactar”, lo cual no ha dejado de tener críticas, así como la asignación punitiva⁴³.

En realidad sería una tarea interesante continuar estudiando así fuera de manera sólo descriptiva las diferentes legislaciones que han incluido el *child grooming* en la última década, pero ello no es el objetivo de este trabajo, en donde se han escogido algunos ejemplos de tipificación basados solamente en su influencia tradicional en la legislación colombiana o en el origen mismo de este delito como es el caso de los Estados Unidos; por lo demás, tenemos que la figura existe hoy en una gran cantidad de países que la han estatuido conforme los compromisos internacionales⁴⁴.

expresado en la doctrina de ese país, enmarcada en cierto escepticismo, que a pesar de lo anterior el artículo 183 ter ha sido objeto de trascendentes pronunciamientos judiciales, como los siguientes: 24 de febrero de 2015 (MP: J. R. Berdugo Gómez de La Torre, 2.^a, Sec. 1.^a, TOL4.776.958); STS del 22 de septiembre de 2015 (2.^a, Sec. 1.^a, MP: A. Martínez Arrieta; TOL5512986); STS del 10 de diciembre de 2015 (2.^a, Sec. 1.^a, MP: A. del Moral García), esta última considerada de especial relevancia. A otro nivel judicial, expone Górriz la decisión emitida por la SAP de Barcelona del 23 de junio de 2015 (Sec. 8.^a, MP: C. Mir Puig, TOL5.400.123). Otro pronunciamiento en sentido similar aunque no exactamente con la aplicación del *child grooming*, más bien con una crítica a la misma, ha sido objeto de análisis por Díaz Cortés, Lina Mariola, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, junio 2014, pp. 303-374. Algún sector de la doctrina indicó en su momento la inexistencia de casos reales sobre este problema, al respecto, Ramos Vásquez, José, *Depredadores, monstruos y otros fantasmas de impureza*, UNED. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a época, n.º 8 (2012), pp. 222 y 223, afirmación que hoy considero no es sostenible, como también el sostener que estos tipos penales no buscan la protección del menor sino su control, lo cual si bien no es del todo desacertado, deja en sus conclusiones que tal vez a los menores de dieciocho se les debe dejar “libres como el viento” en la red, cuestión que el tiempo ha demostrado que no es factible si se quiere garantizar su intangibilidad sexual por lo menos hasta el momento en que cada estado otorga libertad para decidir sobre su sexualidad.

43 Riquert, Marcelo, Ciberacoso sexual infantil, en el sentido de que la pena asignada a este delito podría ser lesiva del principio de proporcionalidad, www.pensamientopenal.com.ar, pp. 8 y ss.

44 Como es el caso de Ecuador: artículo 173 del Código Orgánico Integral Penal; Brasil en el Estatuto

6. CARACTERÍSTICAS JURÍDICO-PENALES DEL “CHILD GROOMING”

Resulta pertinente realizar un análisis dogmático de la figura en mención, no sin antes insistir que el objetivo de este trabajo se centra en lo estrictamente jurídico penal, razón por la cual se abordarán las características que surgen de la normatividad internacional que abrió el camino del *child grooming* en su concepción consagrada en la legislación internacional. Ya en acápite posterior procederé a establecer la relación de estas características amplias de forma más particular y concreta con la legislación colombiana y sus efectos frente a la legislación actual ensayando las correspondientes soluciones y propuestas.

6.1. Un acto preparatorio punible

En las legislaciones penales se encuentra ampliamente difundido el instrumento político criminal de la anticipación de las barreras de punibilidad. Por medio de este, el legislador sanciona comportamientos que aún no alcanzan a constituirse siquiera como un acto ejecutivo, a lo cual sin duda recurre el legislador al momento de sancionar el *child grooming*⁴⁵ en las diversas legislaciones, algunas de las cuales se han analizado, y, como se verá, con algunas particularidades, en Colombia.

da Criança e Adolescente, Ley 8069 de 1990, reformado por la Ley 11.829 de 2008, en referencia a aspectos penales y concretamente lo relacionado con la inclusión del *child grooming* en el artículo 241-D. Es de anotar que según las diferentes bases de datos la judicatura brasileña reporta amplia actividad jurisdiccional en relación con este delito. En otro país del entorno cercano, Perú, se ha establecido en la Ley 30096 de octubre de 2013, en su artículo 5, el delito titulado “Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos”; valga resaltar en esta norma que el legislador peruano utilizó el mismo verbo rector utilizado por el legislador argentino: “contactar”. Como se ha indicado, podríamos seguir enunciando diversos casos de legislación que ha recurrido a la tipificación de la figura objeto de estudio, como es el caso de los países anglosajones entre los que encontramos Australia, Inglaterra, Irlanda y Escocia. Al lado de estos Austria, también ha tomado el camino de la tipificación sin que en la actualidad Alemania, expresamente haya erigido el *child grooming* como conducta punible, aun así el 176 del Código Penal alemán se acerca a dicha conducta en la medida que sanciona el influenciar a menores por medio de conversaciones o mediante la remisión, incluso virtual, de pornografía con propósitos de abuso sexual. En tal sentido Manso Porto, Teresa, “Agresiones a bienes altamente personales a través de las TIC”, en *Menores y redes sociales*, Cuerva Arnau, directora, pp. 302 y ss. Referencias un poco más concretas a Escocia, Canadá, Chile y Reino Unido se ubican en, Díaz Cortez, Lina, “El denominado ‘child grooming’ del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio”, año LXVI. Boletín Ministerio de Justicia n.º 2138, enero 2012, www.mjusticia.es/bmj.

45 Villacampa Estiarte, “El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores”, 2015, p. 166. En igual sentido, Mendoza Calderón, Silvia, “El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting”, p. 158. Esta última refiere como antecedente de esta posición a Dolz Lago, “Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*. Entre los delitos de pederastia”, *Diario La Ley*, n.º 7575, Sección Doctrina, febrero 23 de 2011, año XXXII, La Ley 2565/2011, igualmente, Núñez Fernández, José, Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de versiones del Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 2012 y 2013, ADPCP, vol. LXV, 2012, p. 210.

Esto es así en tanto que lo pretendido desde el punto de vista político criminal internacional es sancionar el contacto o abordaje a un menor con fines enfocados a la comisión de un delito sexual posterior de naturaleza aún más grave. Quiere decir lo expresado que dentro del entendimiento tradicional que analiza el trayecto delictivo, el tan conocido *iter criminis*, que reconoce generalmente las fases de ideación, preparación, ejecución y consumación, el *child grooming* se ubicaría no solo en la etapa de preparación, sino dentro de ella en uno de sus primeros momentos, como se puede concluir al analizar el conjunto de pasos del proceso de *grooming*. En otro ángulo de interpretación, algunos parecen sostener que el *child grooming* sanciona actos propios de una ejecución aún primaria, tal como lo proponen Esquinas Valverde y Górriz Royo, quienes plantean que la figura objeto de análisis correspondería a una “tentativa inacabada punible”⁴⁶. Al margen de esa discusión es claro que se sanciona un acto aún lejano a la consumación del acto, que busca avanzar hacia la realización, consumada o tentada de un ulterior delito de las características del acto sexual abusivo, el acceso carnal en sus diversas modalidades o la pornografía infantil, dependiendo de las denominaciones y tipificaciones que se erigen en cada país.

6.2. Tiene el carácter de delito medio

El *child grooming*, al ser un acto preparatorio, se constituye dentro de una usual clasificación del derecho penal, como delito medio, esto en cuanto el contacto buscado por el sujeto activo hacia el niño, niña o adolescente corresponde a uno de los primeros pasos dentro de un plan delictivo idóneo para llegar al planeado contacto sexual o, en algunos casos, la obtención de un material pornográfico de parte del menor o en general una actividad sexual reprochada penalmente.

Este carácter de delito medio debe ser instrumento de interpretación para establecer una correspondencia inequívoca que apunte a que el enlace virtual con el menor tiene como objetivo específico el ulterior contacto para concretar un posterior delito sexual como sería el acto sexual o el efectivo acceso carnal del niño, niña o adolescente o la obtención de imágenes pornográficas de la víctima⁴⁷.

46 Esquinas Valverde (Espinosa Ceballos, directora), *Lecciones de derecho penal, parte especial*, 2018, p. 180; Górriz Royo, “On-line child grooming”, en *Derecho penal español*, p. 28, www.indret.com.

47 Por ello resulta muy pertinente la afirmación de Esquinas Valverde cuando sostiene que “Los actos materiales que acompañen a la propuesta han de resultar idóneos para obtener un acercamiento sexual (p. ej., conversaciones telefónicas)”: Espinosa Ceballos (directora), *Lecciones de derecho penal, parte especial*, 2018, p. 180. A lo que habría que agregar que si bien en la internet existen espacios de actuación muy abiertos para los delincuentes, no es menos cierto que la red deja no pocas evidencias y en eso los procedimientos técnicos de los investigadores deberán arrojar resultados sobre rastros del “groomer” dejados en la red.

Al ser entonces el *child grooming* un delito medio, ello no deberá significar, como se verá, que se entienda como un delito de peligro abstracto, pues ello otorga a la figura ambigüedad y la muestra contraria a un derecho penal protector de bienes jurídicos.

6.3. Debe excluir el concurso con los delitos que concretan el comportamiento doloso inicial

El *child grooming* deberá sancionarse sólo cuando se presente como única conducta realizada, pues, tal como se ha aceptado en la doctrina internacional⁴⁸, si el abusador, luego del contacto, logra su objetivo principal, que consiste en la comisión de un delito más grave o la tentativa de este, el desvalor de la segunda conducta abarca actividades de orden sexual con punición mayor, deberá aplicarse exclusivamente esta última, siguiendo de esta manera los planteamientos del principio de subsidiariedad⁴⁹, pues de acuerdo con todo lo expresado líneas atrás, en el trasfondo de esta forma delictiva se reconoce una la relación entre tentativa y delito consumado, o, si se quiere también, es un vínculo entre peligro y lesión⁵⁰, de tal manera que el acto preparatorio en su punibilidad no lesione el principio del *non bis in idem* si se sancionara adicionalmente con el delito consumado. Aun así, en la legislación española, por ejemplo, se optó por indicar que el delito de *child grooming* se sancionará de acuerdo con el artículo 183 ter, sin perjuicio de los delitos en su caso cometidos, lo cual podría entenderse como una violación al principio de doble incriminación enunciado en precedencia.

6.4. Debe considerarse un delito de peligro concreto

Como ya se ha indicado líneas atrás, la anticipación de la punibilidad en el *child grooming* puede ser muy amplia, ello si se advierte que este fenómeno delictivo consiste en la utilización de los verbos rectores *contactar o acceder* a un menor de una edad determinada, lo cual se traduce en que la sanción penal puede presentarse aún en el caso en que la inducción o propuesta sexual indebida no se concrete. Esto desde luego presenta un reto en lo referente a la protección de las garantías penales y a un derecho penal protector de los bienes jurídicos; aún así, considero que con

48 Núñez Fernández, José, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma Penal de 2012 y 2013”, p. 26. Aun así, como lo pone de presente este autor, en España el legislador cerró la posibilidad de aplicación independiente al considerar que el delito en mención se sanciona sin perjuicio de las penas aplicables a los demás delitos cometidos.

49 Como lo indica Jakobs, “el delito consumado comprende al delito intentado y a los actos preparatorios si estos son punibles”, en referencia precisamente a la subsidiariedad. PG, tít. III, VII, apartado 31 (26).

50 Monserrat Sánchez-Escribano, I., Propuesta para la interpretación de la cláusula concursal recogida en el artículo 183 ter 1 (delito de *online child grooming*), *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (REDS), n.º 12, 2018, p. 142.

los correctivos de interpretación apropiados se puede lograr que la punición de este comportamiento no configure un desenfreno de punibilidad⁵¹. Estos correctivos deberán provenir, entre otros, de una adecuada armonización de la conducta frente al bien jurídico.

Para evitar la punición de comportamientos ambiguos y en extremo anticipados a la lesión o puesta efectiva en peligro del bien jurídico tutelado por el legislador, debe entenderse el *child grooming* como un delito de peligro concreto⁵², pues de esta forma puede morigerarse la probabilidad de acusar a las personas de forma meramente especulativa o simplemente basados en caracteres moralistas.

En efecto, el contacto indebido con el menor debe sancionarse en la medida en que los actos, además de ser encaminados a la realización de un delito posterior más grave, muestren una inequívoca e intolerable elevación del riesgo frente al bien jurídico tutelado por el legislador, de tal manera que el peligro en realidad no debe provenir de un simple contacto con un menor, sino de actos identificables como riesgosos para sus intereses íntimos, tales como su desarrollo sexual, teniendo en cuenta que el *child grooming* está limitado a sujetos pasivos que tienen una edad determinada, tal y como se establece en diversas legislaciones. Pero considero, tal y como lo ampliaré más adelante, que esta clase de conducta peligrosa en la red debería estar amenazada con sanción penal, aunque el sujeto pasivo sobrepase ciertas edades mínimas

51 Se ha criticado en la doctrina la punición de este comportamiento, no solo por ir mucho antes de un acto preparatorio, sino también por ser una forma artificiosa de atacar el delito sexual contra menores de edad, esto según Ramos Vázquez, José A., “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 8 (julio 2012), pp. 195-227. Según este autor, para el 2012 no existía en España un referente real de adultos que contactaran jóvenes para realizar actos de índole sexual. Si bien le asiste mucha razón en torno a que debe centrarse el derecho penal en sancionar de agresores sexuales cercanos al niño, niña o adolescente, la versión de este autor que por esa vía de ausencia de casos significativos crítica la tipificación del *child grooming* desde lo real, está hoy revaluada en la medida en que se hace evidente en las diferentes sociedades que los adultos, por diversos medios si contactan a los menores, tal como se vio en los variados casos que se mencionaron líneas atrás en diversos países del mundo. Tal vez, queda por analizar la utilidad del precepto frente a la sanción de los abusadores sexuales que se encuentran en la red y si tal sanción es admisible conforme las garantías penales fundamentales, en lo cual deberá ponerse todo el empeño para hacer viables, así ello moleste a algunos, las garantías sustanciales y procesales derivadas de un derecho penal aplicable a un país democrático.

52 Sobre este tópico sin duda existe una gran discusión, pues la doctrina, por lo menos en España no se decanta por alguna posición definitiva, pues algunos se decantan por el peligro abstracto, como es el caso de Mendoza Calderón, Silvia, “El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, ciberbullying, grooming y sexting”, p. 165; Villacampa Estiarte, lo considera de peligro “abstracto o estadístico”. “El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores”, 2015, p. 159, por el contrario se perfilan por el peligro concreto, principalmente siguiendo la postura del Tribunal Supremo español, STS 97/2015, del 24 de febrero, Górriz Royo, “On-line child grooming”, en *Derecho penal español*, www.indret.com, p. 16; Monserrat Sánchez-Escribano, María Isabel, Propuesta para la interpretación de la cláusula concursal recogida en el artículo 183 ter 1 (delito de *online child grooming*), *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 12, 2018, p. 144.

establecidas por el legislador, como los catorce años en el caso colombiano, siempre que el embaucamiento sea desplegado o basado en engaños, coacciones o cualquier otra forma de relación interpersonal que, de acuerdo con la madurez y formación del menor, eleve el riesgo a la integridad física o psicológica del niño, niña o adolescente, pues aquella es de especial protección.

De esta forma, se trata de proteger al menor de edad de actos que efectivamente tengan la potencialidad de afectarlo y no solamente de causar rechazo o repudio moral.

Por lo menos en lo que hace referencia a la situación en Colombia, preliminarmente puede indicarse que si un individuo remite por la red a un menor de edad mensajes, imágenes, videos o gráficas con contenido sexual explícito, deberá atenderse de acuerdo con un concreto análisis enfocado a la perspectiva del niño, niña o adolescente, si tal acto constituye *per se* una instigación a la realización de actos sexuales que afecte su desarrollo sexual, pues si no va acompañado de actos positivos de incitación, invitación o sugerencias claras orden sexual relevantes para el interés jurídico tutelado, tal conducta no debe considerarse típica, conforme el artículo 209 del Código Penal, el cual se analizará líneas más adelante.

De acuerdo con lo expuesto, habría peligro concreto y por tanto no deberá sancionarse aquel acercamiento aún ambiguo y sin suficiente poder de generar riesgo al bien jurídico, como es el caso ya indicado líneas atrás, del envío de pornografía a un menor sin que ello vaya inequívocamente dirigido a la invitación a una actividad sexual concreta⁵³, conducta que, si bien puede interpretarse como una implícita invitación a un acto sexual posterior, podría estar motivada en otras situaciones que no necesariamente deben entenderse como un acto de suficiente peligro hasta tanto se establezcan el contexto y la gravedad de contacto realizado, pues la simple difusión de la pornografía a un menor de catorce años no configuraría por lo menos este delito en particular⁵⁴, salvo que las imágenes remitidas configuren por sí mismas un delito de pornografía infantil.

53 Pensemos, por ejemplo, en un grupo de adolescentes algunos menores de dieciocho años y otros con mayoría de edad. Los jóvenes comienzan a intercambiar material pornográfico en una práctica nada extraña para su edad y por ende, varios de esas imágenes van a parar en el teléfono móvil de dos niñas del grupo de chat que tienen 17 años, en tal caso es difícil pensar en que se da una incitación o inducción a actividades sexuales y que los jóvenes deban ser sancionados con una pena mínima de 9 años de prisión (!). Este ejemplo muestra los insondables recovecos que puede tener la legislación de infancia y adolescencia, por lo que los análisis deberán generar una perspectiva psicológica que establezca los parámetros culturales, socioeconómicos y de educación de la posible víctima en casos como el *child grooming* e incluso la pornografía infantil.

54 En algunos países, suele sancionarse el delito de obscenidad o exhibicionismo hacia los menores, como es el caso del título 18 sección 1470 de la ley penal de los Estados Unidos, el 129 del Código Penal argentino o el 185 en España. Adicional a lo indicado, en el § 184 alemán se sanciona el ofrecimiento o puesta a disposición de material pornográfico a menores.

6.5. Debe diferenciarse del acoso sexual

Finalmente, es importante diferenciar esta figura de otra que implica cierto grado de asedio o contacto con la víctima de forma constante, como puede ocurrir con el acoso sexual⁵⁵, figura que se encuentra sancionada en diferentes legislaciones del mundo⁵⁶, que en Colombia se encuentra tipificada en el artículo 210A del Código Penal. La distinción en estas figuras se presenta en la medida en que el acoso sexual parte de una relación asimétrica entre acosado y acosador; este último, se centra en obtener el favor sexual por medio de un constante asedio hacia su víctima, ambientado en la atmósfera laboral⁵⁷, educativa o de cualquier otro entorno en el que aprovecha las circunstancias para tomar ventaja hacia lo sexual en perjuicio de su víctima.

Esa situación no es la misma que se plantea en el *child grooming*, puesto que el principio de especialidad reclama la realización de la conducta en un entorno virtual, igualmente de mero contacto o como mucho de inducción. En la figura antes mencionada el abusador se gana la simpatía o confianza del niño, niña o adolescente y no se refiere la conducta a las posibilidades profesionales o educativas *reales* que sí plantea el acoso sexual como conducta independiente.

Dentro de este entorno, quedaría la posibilidad de que un docente, profesor, instructor, etc. contactara de manera virtual a un menor de edad, conforme las diferentes normatividades existentes en cada país, para efectos de asediarlo con el propósito de lograr algún favor sexual de su víctima, es decir, incurriendo con su comportamiento en las dos conductas, puesto que está asediando y en una palabra acosando al niño, niña o adolescente.

En tal caso, considero que deberá aplicarse por especialidad el tipo penal que establece el *child grooming* que requiere dentro de sus elementos un sujeto pasivo calificado, menor de edad, ello en cuanto es un sujeto de especial protección constitucional, por ende se trata de una figura privilegiada de mayor gravedad, frente al acoso sexual, más enfocado a entornos colectivos donde se abusa del poder del superior dentro de una relación usualmente marcada por el ámbito laboral y no tanto por la protección a los menores de edad en su sexualidad. Igualmente, el *child grooming*, a pesar de describirse como un proceso, en algunos casos puede cometerse de forma muy reducida en el tiempo, como es el caso de quien contacta al niño, niña o adolescente

55 Sobre esta diferenciación teniendo en cuenta que la legislación española tiene similitud con la nacional, Mendoza Calderón, Silvia, El derecho penal frene a las formas de acoso a menores, pp. 138 y ss.

56 Siguiendo de esta manera las pautas de la resolución 48/104 de 1993, arts. 2b entre otros, de la Asamblea General de Naciones Unidas y las recomendaciones de la OIT.

57 Así, similar a lo ocurrido en Colombia, la vinculación a un contexto laboral como elemento constitutivo del acoso sexual, se encuentra en la legislación de España artículo 184, como también en México, artículo 259 bis.

y de inmediato realiza solicitudes de tipo sexual concreto, aspecto que no es posible predicar del acoso sexual, dada su estructura de conducta progresiva.

7. EL “CHILD GROOMING” EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA

En Colombia, en el Código Penal que entrara en vigor en 1980, como es apenas previsible, no existió descripción típica alguna que pudiera asimilarse a delitos relacionados con redes sociales o cibercrimen. Esto desde luego por razón de los avances tecnológicos virtuales, que no alcanzaban a hacerse visibles en la sociedad para aquellos tiempos. Otro tanto ocurrió en el original Código Penal de 2000, en donde se realizaron algunas reformas a los delitos sexuales que hoy adquieren relevancia, mas no se abordaron conductas relacionadas con lo virtual, que se analizarán algunas líneas más adelante.

Con posterioridad a estas fechas, al escenario jurídico nacional ingresan dos normas que son muy relevantes para el estudio que se aborda en este aporte, concretamente el artículo 33 de la Ley 679 de 2001, que dispuso una adición al acto sexual con menor de catorce años, agregando una modalidad atenuada cuando dicho acto se realice de forma virtual, y adicionalmente creó tal normatividad un nuevo delito, que sería el 312A, llamado “Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores”.

Las dos tipificaciones han tenido variaciones a medida que ha avanzado el tiempo, razón por la cual en lo que sigue se hará una breve aproximación a la actualidad formal de estos tipos penales, pues resulta de importancia para las conclusiones que se van a tomar.

7.1. El artículo 209 del Código Penal, su inciso, y el “child grooming”

7.1.1. Sobre la vigencia del artículo 33 de la Ley 679 de 2001

El artículo 209 del Código Penal tiene un trayecto legislativo que puede ofrecer fuertes interrogantes, debido a que se presentaron variadas modificaciones a las que se hará referencia muy brevemente pues en diversos escenarios ya se ha señalado el trayecto legislativo de esta norma⁵⁸.

En primer lugar, en el Código Penal de 1980 se tipificaba la conducta de corrupción:

Artículo 305. Corrupción. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión.

58 Más a fondo sobre la perspectiva histórica de este delito, Montoya Vacadéz, El delito sexual abusivo con menor de catorce años en el ordenamiento colombiano, *Revista Derecho Penal*, 67, 2019, pp. 139-182.

La disposición indicada fue modificada en la Ley 360 de 1997, en la cual se incluyó el *nomen iuris* tal cual hoy se conoce y un no muy trascendente aumento punitivo:

Artículo 305. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de dos (2) a cinco (5) años de prisión.

Para lo que sigue debe recordarse que el código de 2000 entró en vigencia un año después de su promulgación, hecho que ocurrió el 24 de junio de dicho año, según lo dispuesto en el artículo 476 del estatuto penal, es decir la vigencia se difirió hasta la misma fecha pero de 2001.

Poco después de dicha entrada en vigencia, concretamente el 8 de agosto de ese mismo año entró en vigor la Ley 679 de 2001, por medio de la cual comenzó a abordar la tipificación de los delitos relacionados con la delincuencia cometida en el ciberespacio, ello a pesar de que en ese momento, apenas comenzando el siglo XXI, no se vislumbraban en Colombia grandes situaciones problemáticas al respecto. El advenimiento de esta legislación no mostró demasiada divulgación, tal vez porque en ese momento en nuestro país las TIC apenas comenzaban su desarrollo, pocas personas tenían internet en sus domicilios y no se disponía de redes sociales de forma tan omnipresente, como tampoco se disponía de teléfonos inteligentes, al tiempo que el desarrollo de los “cibercafés” y algunas oficinas eran el primer punto de contacto con la red; pero más allá de esos establecimientos, en 2001 la amenaza de la red no parecía muy clara para la comunidad en general, por lo que la normatividad resultaba acaso futurista⁵⁹.

La Ley 679 adicionó el tipo penal consagrado como acto sexual abusivo con menor de 14 años, actual 209 de Código Penal, con el siguiente inciso:

Artículo 33. Adicionase el artículo 303 del Código Penal con el siguiente inciso. “Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte.” Parágrafo transitorio: Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000 el presente artículo tendrá el número 209.

Como se puede concluir de la cita, la normatividad de la Ley 679 estaba al tanto del advenimiento del Código Penal nuevo y por esto, cuando entra en vigencia, a partir del 8 de agosto de 2001, adicionó el artículo 209 aclarando incluso la nueva numeración

59 Según Unicef Colombia, “Plan de acción contra la explotación sexual de niños”, el artículo 33 de la Ley 679 al que se viene haciendo referencia, apunta a la prevención de la pornografía infantil.

a la que correspondía el acto sexual virtual⁶⁰ complementario de la norma original; por ende, al momento de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, la norma se estructuró con la misma conducta básica que existe desde el código de 1980, a la cual debía añadirse la adición ya citada:

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en *prisión de tres (3) a cinco (5) años*.

Más adelante en el tiempo la ley agregó otra reforma, para el caso la Ley 1236 de julio de 2008, que abarcó solo el marco de la punibilidad al indicar:

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, *incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años*.

Realizado este análisis de orden formal, puede advertirse que el inciso del artículo 209 del Código Penal, en su inciso atenuado, tipifica el inducir de manera virtual a un menor a prácticas sexuales o realizarlas en su presencia se encuentra vigente, pues ninguna norma posterior lo ha derogado de forma expresa, tácita u orgánica, como lo dispone el régimen jurídico nacional, ni ha sido objeto de declaratoria de inconstitucionalidad⁶¹.

Tanto la doctrina –Torres Tópage⁶² y Montoya⁶³– como la jurisprudencia⁶⁴ consideran que el inciso añadido por la Ley 679 debe considerarse derogado de forma tácita por la Ley 1236 de 2008.

60 Debe aclararse en este punto, que la Ley 679 de 2000, hizo referencia a que la adición mencionada se refería al artículo 303 del Código Penal de 1980, el cual en realidad correspondía al delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, mientras que la norma correspondiente al delito de actos sexuales con menor de catorce años estaba consagrada al artículo 305. Dicho lapsus de la ley, en todo caso, dejó de ser trascendente al especificarse que a la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000 la adición mencionada se aplicaría al artículo 209 que sí corresponde (y continúa haciéndolo) al acto sexual diverso del acceso carnal.

61 Incluso, esta norma ha sido citada por la misma Corte Suprema en su Sala Penal, por lo menos en dos sentencias, una del 4 de mayo de 2011, radicación 33.844 y otra sentencia de tutela, que hace referencia a la anterior, acta 246, 3 de julio de 2012, radicación 61111.

62 Derecho penal, Parte Especial, 3.^a ed.

63 El delito sexual abusivo con menor de catorce años en el ordenamiento colombiano, en *Revista Derecho Penal*, n.º 67, abril-junio de 2019, pp. 139-182.

64 En la SP2545 de 2020 se consideró que al ser la Ley 1236 de 2008 una norma que ampliaba la punibilidad de los comportamientos, por ello debería entenderse que derogaba, se supone que tácitamente, pero no lo expresa así la Sala Penal, el acto sexual atenuado.

Al respecto considero que esta posición, así hoy sea mayoritaria, no puede ser admisible con fundamento en que en la exposición de motivos de la Ley 1236 dejó en claro que la reforma se centraba, además de algunas definiciones legales, en el aumento punitivo:

El énfasis que se hace en el aumento de penas cuando las víctimas son menores de edad, tiene por finalidad dar alcance a los mandatos constitucionales que promueven la protección de la niñez y del menor, con el fin de traducir esos predicados superiores a la legislación penal vigente. En efecto, los artículos 44 y 45 de la Constitución Política disponen un tratamiento garantístico en todos los órdenes, para esos segmentos de la población.

Esta iniciativa expresa, la conveniencia de, no solo aumentar las penas para los delitos sexuales contra menores de edad, sino también de rediseñar la estructura de la pena en la materia, y estructurar un proyecto de ley que garantiza la adecuada protección de los menores durante el proceso penal.

Y en otro aparte, que la misma Corte Suprema en el fallo citado en nota anterior resalta para llegar a conclusión contraria aquí expresada, indicó:

En el proyecto se propone la agravación punitiva de las conductas delictivas que ya se encuentran tipificadas en nuestra legislación, proponiendo una mayor congruencia entre los distintos tipos penales y sus respectivas sanciones.

No se refiere la Ley 1236 de 2008 a que se modificaran en algo las conductas ya tipificadas; aun así, la Sala Penal lo interpreta de tal forma, al haber planteado en el caso en mención que ante el aumento de las sanciones penales se produce la derogatoria del comportamiento que es atenuado, lo cual no es acertado, pues lo que hizo la disposición en cita es aumentar la pena del tipo básico y con ello aumentó también la conducta del inciso que tipifica el acto sexual virtual, luego mal pudiera considerarse derogada por la normatividad a que se viene haciendo referencia.

A lo expuesto se debe agregar, para rechazar la existencia de la derogatoria tácita, que ella ha sido desarrollada por la Corte Constitucional, basada en las disposiciones del Código Civil –arts. 71 y 72– que regulan la materia en nuestro país, y según el alto tribunal en la sentencia C-159 de 2004⁶⁵, aquella derogatoria “supone un cambio de legislación, una incompatibilidad con respecto a lo regulado en la nueva ley y la ley que antes regía. Hecho que hace necesaria la interpretación de ambas leyes, para establecer qué ley rige la materia, o si la derogación es total o parcial”. Como se observa, insistiendo en los argumentos expuestos, el advenimiento de una

65 En igual sentido C-668/2014, C-348/2017, entre otras, como también Concepto Sala de Consulta C.E. 2143 de 2014, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil.

legislación que aumenta penas no deroga, *per se*, los comportamientos atenuados, por el contrario, la ley en tal momento nueva es perfectamente conciliable con lo que se venía estableciendo incluso antes de la vigencia del código de 2000.

Teniendo en cuenta lo expresado, encontramos que la adición de la Ley 679 artículo 33 está plenamente vigente si se tiene en cuenta que:

- a. Regula un aspecto especial de la conducta sobre el cual no ha hecho referencia la norma posterior, que se limitó a una modificación de la punibilidad.
- b. Es una interpretación más favorable al posible inculpado, por ende garantista, pues se trata de una disposición penal que regula de manera más benigna una de las modalidades de realización de la conducta.
- c. La Ley 1236, como es usual, utilizó la expresión: deroga todas las normas *que le sean contrarias*, y, como lo ha indicado la Corte Constitucional, para que se predique una derogatoria tácita debe realizarse un claro juicio de contraposición entre las disposiciones enfrentadas para determinar la imposibilidad de conciliarlas, y en caso de que ello no sea así, se proceda a declarar la derogatoria tácita, cuestión que en el presente caso no ocurre.
- d. El inciso creado por la Ley 679 presupone la existencia de un precepto cuyo tenor es exactamente igual al de la Ley 1236 de 2008, lo cual indica que ambas normas son claramente conciliables en su funcionamiento y no viola garantías de los destinatarios.

Además, Torres Tópaga considera que no debería especificarse una forma virtual en el acto sexual con menor de 14 años, al tiempo que cuestiona la atenuación punitiva⁶⁶, argumentos que, si bien constituyen críticas válidas a la norma desde su perspectiva político-criminal, no por ello presentan discordancias entre la Ley 679 de 2001 y la 1236 de 2008 que permitan aseverar que esta última derogó tácitamente a la anterior.

Sin embargo, las menciones de la jurisprudencia a este respecto no culminan en el fallo antes indicado, pues con anterioridad a este y ya en vigencia de la Ley 1236, al resolver una acción de tutela, del 23 de junio de 2011, proceso 54409⁶⁷, si bien no hizo expresa referencia a la vigencia de la norma en mención, tomó la disposición como válida para efectos de su argumentación. Otro tanto ocurre con la sentencia emitida en el proceso 42364, del 20 de noviembre de 2013⁶⁸, la cual hace mención expresa de la norma en mención en plena vigencia. En conclusión, considero que si

66 Torres Tópaga, William (Bernal Cuéllar, director), *Derecho Penal, Parte especial. Delitos contra la libertad y desarrollo sexual*.

67 Ponencia de Ibáñez Guzmán.

68 Ponencia de Fernández Carlier.

bien la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal ha hecho referencia al asunto, aún es posible que se retome la discusión en torno a la vigencia de esta norma.

Pero en lo que se refiere a nuestra posición sobre la norma en comento, entendemos que se trata de una disposición vigente y aplicable en el ordenamiento jurídico colombiano, así sea una postura minoritaria.

7.1.2. Delimitación de las tres conductas contenidas en el artículo 209 del Código Penal y su “adaptación” acto sexual virtual

Más allá del debate en torno a si se acepta la vigencia de la norma que sanciona el acto sexual virtual, es necesario analizar qué modalidades de conducta serían abarcadas por el artículo 209 al que se ha venido haciendo referencia, de forma independiente a que se realicen en la virtualidad o en la realidad.

- Primera hipótesis de la norma, acto sexual virtual
con menor de catorce años

La única manera de tipificar esta conducta en el ámbito virtual es haciendo un análisis muy específico de la preposición utilizada por el legislador, para evitar extensiones indebidas contrarias al principio de tipicidad inequívoca.

Al respecto, la sexta acepción que suministra la RAE a la preposición “con” determina que ella denota “juntamente o en compañía”, lo cual implica para nuestro propósito la interacción de las dos personas, sujeto activo y pasivo en el acto sexual.

No significaría entonces necesariamente que la preposición analizada requiera la concurrencia real de sujeto y pasivo, pero sí debe establecerse que cualquier contacto erótico con menor de catorce años en el ámbito de las TIC, para efectos de entenderse como actos sexuales, debe involucrar la comunicación e interacción entre el menor de 14 años y el sujeto activo, como sería el caso de una llamada de audio o video en donde exista sincronía entre las partes, hecho que ocurre desde hace ya tiempo atrás con plataformas como Skype o Messenger o más recientes como Whatsapp, Telegram, Signal, Zoom, Teams, Google Meet, o con las comunicaciones *live* en diferentes plataformas, así como en las salas de chat en las que se utilizan las así llamadas “sex cam”. En la hipótesis de la norma siempre será necesaria la interacción de las partes para poder realizar actos de contenido sexual simultáneo, recordando que en tratándose de menor de 14 años el consentimiento en la intervención de los actos lúbricos no sería relevante e igualmente se configuraría la conducta típica.

En estos eventos virtuales resulta a todas luces preferible la existencia de una norma que se enfoque en lo virtual en la medida en que ante una agresión sexual que no se concreta sobre el cuerpo de la víctima, la lesión al interés jurídico, siendo grave, se puede interpretar como menos intensa que el acto directo y presencial con la víctima,

además de que una norma referida a la virtualidad describe más claramente la forma como se realiza la conducta es decir, por medio de pantallas, comunicaciones y en una realidad dependiente de recursos técnicos y no del contacto efectivo y concreto entre las corporeidades de agresor y agredido.

– Acto sexual *en presencia* del menor

Para admitir esta hipótesis en el ámbito de los encuentros virtuales, llegaríamos a realizar una poco convincente extensión de la expresión *presencia*, en la medida en que esta abarque tanto los actos directos y estando en el mundo sensorial real los dos involucrados como los casos en que la *presencia* sea virtual. En ese sentido se haría necesario aceptar una presencialidad virtual y equipararla a la real, lo anterior, nuevamente, en cierta forma sin el suficiente fundamento desde la perspectiva de lo que es en sí una agresión sexual, pues no considero equiparable, desde el punto de vista de la afectación al bien jurídico, que un niño, niña o adolescente menor de catorce años perciba, con o sin consentimiento, a un individuo que a poca distancia de aquellos realiza actos eróticos sobre su propio cuerpo con el sólo propósito de ser observado, a la situación consistente en observar el mismo acontecimiento por medio de alguna aplicación, video, chat, “sex cam”, etc.

Aceptar sin más una *presencia virtual* como circunstancia típica válida resultaría inaceptable pues la norma, como se analizó, viene de vieja data cuando estos entornos virtuales no pasaban por la mente del legislador; y crear un nuevo concepto de “presencia” parece un malabar sin respaldo además de ser, como ya se ha indicado, un peligró para la concepción garantista del tipo penal.

El problema que se presenta en este evento consiste en establecer cuándo los actos sexuales virtuales se realizan verdaderamente en presencia del niño, niña o adolescente, pues el envío de imágenes de contenido sexual no garantiza necesariamente que el destinatario observe lo remitido. Incluso no es nada extraño plantearse que la niña o el niño reproduzcan el video e inmediatamente observen las primeras imágenes, pero lo cierren *ipso facto* como producto de la repulsión que les cause.

Para que se configure esta modalidad conductual en lo virtual debería demostrarse plenamente que el sujeto activo se ha comunicado por los medios virtuales con el pasivo y este solamente observa la situación sin interacción alguna, existiendo una percepción directa de los actos lúbricos por parte del menor de catorce años; en otras palabras, una comunicación directa entre las dos partes pero solo una de ellas, el sujeto activo, realiza actos dirigidos al niño, niña o adolescente. Sin embargo, para lograr este cometido es claro que resultaría necesario que la norma tipificara el acto sexual virtual.

Al adoptar la tesis de la derogatoria tácita del acto sexual virtual considero que en los comportamientos en que un individuo realiza actos sexuales por medio de redes

sociales, chat o cualquiera de los medios a que se viene haciendo referencia debe entenderse como atípica la conducta por cuanto la llamada “presencialidad” a que se refiere la norma en comento no abarca situaciones en donde no tiene lugar una comunicación virtual sincrónica, salvo, desde luego, que, como se verá en el acápite posterior, el menor de catorce años actúe en consonancia con el abusador, hipótesis abarcada en el primer verbo rector, o induzca a la realización de actividad sexual, lo cual llevaría a la situación analizada en el numeral siguiente.

– La *inducción* virtual a realizar prácticas sexuales

Por último, en el artículo 209 del Código Penal se encuentra la *inducción* a menores de catorce años a realizar actos sexuales de cualquier clase o a tener relaciones sexuales en sentido estricto. Ambas posibilidades pueden realizarse por cualquier medio, sea personalmente, como, por ejemplo, el instructor que aprovecha el escenario de sus prácticas o la soledad de una adolescente para proponerle la realización de actividades sexuales de forma directa, hasta la instigación, estimulación o exhortación a realizar actos o relaciones sexuales utilizando cualquier otro medio, incluso el virtual, a lo cual debe extenderse el intercambio de material sexual pornográfico en tanto esta práctica se encuentre encaminada a satisfacer los deseos lúbricos de alguno de los involucrados en el contacto virtual y siempre que se lesione la integridad sexual del niño, niña o adolescente.

Centrándonos en lo exclusivamente virtual, la inducción deberá tener un componente activo e inequívoco frente a la invitación al niño, niña o adolescente a realizar alguna actividad sexual, pues en el escenario de la interacción de jóvenes no es extraño el compartir material pornográfico, como sería el caso de un grupo de adolescentes conocidos entre ellos, en el que un mayor de catorce años remite material pornográfico a uno menor de dicha edad con fines de complicidad propia de la edad. En tal caso la motivación de la acción no consiste en invitar al otro u otros intervinientes a realizar actos sexuales concretos, se trata de un acto que puede tener algún reproche moral o religioso según las creencias de cada cual, pero que en sí mismo no se encamina, intencionalmente, a la afectación de la formación sexual o libertad del destinatario de tales fotografías o videos.

Obsérvese cómo en el ámbito de lo virtual existen especiales complicaciones para delimitar cuándo se está ante una invitación o instigación a la realización de actividad sexual, pues ciertos comportamientos podrían ser entendidos como inductivos a pesar de no tener tal motivación, debido a que en el escenario de lo virtual gran cantidad del material que se comparte en la red es necesariamente sugestivo al observador⁶⁹,

69 Por citar un ejemplo, los videos de la plataforma Tik-Tok, que son compartidos por millones de menores de 14 años. Si bien en esta plataforma existen controles de borrado para ciertos contenidos, sería una ingenuidad pensar que varios millones de menores de 18 e incluso 14 remiten material

pero ello no debería sustituir la exigencia de que sea el mismo remitente de los videos o audios quien exprese de forma, así sea sutil, la proposición a realizar actividad sexual o se entienda que la remisión del material pornográfico es una actividad sexual ilícita en sí misma, hipótesis esta que debe presuponerse en los casos en que el material remitido constituye pornografía con menores de dieciocho años.

De otro lado, en la sociedad actual no es extraño que los adolescentes compartan en el ámbito de alguna clase de relación más o menos íntima, como una forma de *sexting*, imágenes o videos de mayor o menor expresividad sexual, desde fotos en ropa interior hasta actos sexuales explícitos en vídeo. ¿Cuáles de ellos podrían ser considerados incitaciones sexuales? Esta pregunta solo puede resolverse desde un ámbito muy bien delimitado en donde se propugne delimitar el impacto de acto virtual relacionado con alguna imagen o actividad sexual, con el interés jurídicamente tutelado del niño, niña o adolescente en concreto.

Las dificultades interpretativas que muestra el análisis de los comportamientos de inducción, sobre todo en lo que se refiere al envío de imágenes o videos sexuales, explica por qué algunas legislaciones sancionan como delito de mera conducta el permitir o facilitar el acceso a la pornografía a los niños, niñas o adolescentes independientemente del contenido de esta⁷⁰.

En el caso colombiano, sin embargo, parece claro que la simple solicitud o remisión de imágenes pornográficas a menores de catorce años no está de por sí tipificada en la norma que se analiza, sino en tanto se induzca al niño, niña o adolescente a realizar intercambio imágenes o video “de representaciones reales de actividad sexual” de él, ella u otros menores de 18 años y no simplemente imágenes de pornografía, estandarizada o “comercial” en donde no se utilicen menores de edad y dichas actividades

específico que aunque no puede catalogarse como “pornográfico”, con todos los problemas que tiene este término, indudablemente dicho material está pensado para estimular el erotismo de quien observa algunas de las imágenes de quien lo pueda observar sin control alguno e incluso descargar. En tal caso, si se remite a un niño o niña menor de catorce años un video de otro menor de esa edad bailando sensualmente no podría ser considerado *per se* una inducción a realizar actividad sexual. Otro asunto sería, en un escenario aparte, lo que ocurrió en Colombia con esta plataforma, que fue utilizada para contactar en septiembre de 2020 a una niña de nueve años en Medellín, con la promesa de concursar para una competencia organizada por una conocida artista infantil, siendo toda la situación falseada y un gancho para obtener imágenes y videos pornográficos de niños. Dentro de los “retos” que debía realizar la niña, estaba el de bailar por 20 segundos desnuda y desde luego grabar y remitir el video. En este caso, una situación de inducción a realizar actividad sexual es clara, se realizó el delito de acto sexual con menor de catorce años, en la modalidad de inducción virtual.

70 En Alemania, por ejemplo, el § 184 del StGB sanciona el permitir o remitir material pornográfico de cualquier clase, entre otras conductas sin exigencia de resultado, a menores de dieciocho años. Igual norma existe en España en el artículo 186 del Código Penal de ese país. Es de anotar que en Colombia el artículo 218 del Código Penal sanciona la utilización de menores en la pornografía y la distribución de ese material, pero no castiga específicamente la entrega de pornografía de cualquier clase a menores de dieciocho o 14 años como ocurre en las legislaciones antes indicadas.

no tengan unos intervinientes o destinatarios específicos que atenten contra la integridad sexual de los adolescentes o menores de catorce años.

Cuando se remite pornografía fácilmente obtenida en internet en donde intervienen exclusivamente adultos, ello solo estaría tipificado en la norma en comento en tanto tal transmisión venga acompañada de invitaciones a realizar actos similares con el remitente u otras personas o resulte claro que esa remisión sea una puerta de entrada a la confianza del niño, niña o adolescente en la búsqueda de llegar a actos sexuales posteriores, como precisamente sería el solicitar como respuesta imágenes del niño, niña o adolescente realizando actividades sexuales sobre su cuerpo o en general con un contenido erótico perceptible por cualquier observador imparcial, conducta esta que precisamente configura una hipótesis de *child grooming*.

La exclusión de la tipicidad al remitir imágenes pornográficas comerciales, anónimas y no elaboradas con fines de estimulación sexual a los niños niñas o adolescentes, busca evitar también que se sancionen comportamientos realizados entre los mismos adolescentes que rondan los 14 años y que en su despertar sexual utilizan estas actividades virtuales como iniciáticas y tal comportamiento es más un problema educativo que propio de una lesión al bien jurídico tutelado relacionado con la formación sexual.

En cualquier caso, el contenido del tipo, en este evento, está conformado por inducir a realizar actividad sexual –virtual–, hecho que puede ser analizado por el juez o intérprete de forma tal que proteja el interés jurídico de los niños, niñas o adolescentes, sin imposiciones morales, pero a su vez se abstenga de lesionar el principio de legalidad extendiendo de forma exagerada lo que se entiende por la expresión “actividades sexuales” contenida en la descripción típica.

Todo lo anterior, sin pretender olvidar la gran discusión que se ha suscitado en relación con el ingrediente normativo del delito establecido en el artículo 218 del Código Penal, que exige que el material obtenido o intercambiado⁷¹, para que se considere pornográfico, debe involucrar “representaciones reales de actividad sexual”, lo cual ha sido desarrollado por de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP 123-2018, que a pesar de los esfuerzos no parece haber zanjado la discusión⁷². Dichas dificultades interpretativas se trasladan al análisis del artículo 209

71 Aunque la norma en mención utiliza una cantidad importante de verbos rectores: *fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar, almacenar, transmitir* o *exhibir*.

72 Esto sí se tiene en cuenta el salvamento de voto de la misma sentencia y las protestas de algunos sectores defensores de los derechos de niños, niñas y adolescentes, concretamente la “alianza por la niñez colombiana” que comprende varias instituciones protectoras de niños, niñas y adolescentes, planteo de forma enérgica en relación con el fallo: *¿Por qué la sentencia de la Corte Suprema no evidencia el análisis de los criterios de clasificación contemplados en la Ley y emitidos por el ICBF de la mano de otras instituciones que han trabajado en el tema de protección de niñas, niños y adolescentes? ¿Dónde queda la articulación entre las ramas del Estado, cuando la Corte aplica unos*

del Código Penal que se analiza, en tanto el intercambio de imágenes pornográficas que involucran menores es uno de los puntos de discusión en lo que se refiere a esta última norma relativa a la inducción sexual virtual dirigida a menores de catorce años.

Pero queda aún algún aspecto por abarcar, en tanto lo analizado se centra en la inducción, pero no en aquellos casos en que para la obtención de imágenes virtuales se realiza el constreñimiento al menor de catorce años. Y puede irse más allá si se reflexiona en torno a que dicha coacción virtual se encamina directamente al acceso carnal, quedando allí la posibilidad de una tentativa de acceso carnal violento por coacción, o, como se propone, un posible delito de constreñimiento ilegal agravado por involucrar actividad sexual.

- Conclusión en relación con la actividad sexual con menor de catorce años, artículo 209 del Código Penal, y la virtualidad

De estas precisiones surge claro que el artículo 209 del Código Penal en el inciso que se viene de analizar no contiene exactamente la hipótesis que en el ámbito internacional se ha planteado para el *child grooming*, puesto que en la legislación colombiana se sanciona la *inducción* específica a realizar actividades sexuales, mientras que, según se ha visto en legislaciones y documentos internacionales, el abusador virtual debe apenas *contactar* por la red al menor de edad, con fines sexuales. Aun así, al analizar detenidamente el “proceso” de *grooming* podemos encontrar que cuando la norma objeto de estudio enuncia el verbo rector, *inducir* al menor de catorce años a realización de actos sexuales, se puede advertir que dicha acción sí se encuentra abarcada en la última etapa de lo que hasta el momento se ha definido en el proceso delictivo de abordar a un menor con fines sexuales⁷³, puesto que se trata de la etapa en la cual el abusador hace más explícitas las apetencias sexuales dirigidas al niño, niña o adolescente y busca atraerlo, así sea sutilmente, a realizar actos como grabar videos, obtener fotos con contenido sexual para satisfacer sus deseos sexuales o los de otros, o finalmente dar el paso propiamente dicho de encontrarse personalmente con el menor para tener contacto sexual real, posibilidades todas estas, entiendo, abarcadas por la expresión “actividad sexual” que exige la norma del artículo 209 del Código Penal.

parámetros distintos a los que han desarrollado el ICBF y otras entidades, quienes de manera constante y especializada han logrado establecer unos criterios que han servido para combatir este delito? Es el caso del trabajo de la línea virtual Te Protejo, el CAI Virtual y la Línea 141, que reciben este tipo de denuncias; de la Policía Nacional, que los clasifica y ha emitido más de 12.500 órdenes de bloqueo a imágenes en la web con contenidos ilegales, y del Ministerio TIC, que ha multado a 88 ISP por no bloquear estos contenidos. En cualquier caso, la dificultad de lograr un consenso para definir las imágenes de niños, niñas y adolescentes sexualizados por adultos ha sido abordada por ECPAT, organización que plantea sustituir la expresión “pornografía infantil” por “material de abuso sexual de niñas, niños y adolescentes”. Pero por lo pronto cualquiera de estas definiciones para efectos de la tipicidad penal muestra serios inconvenientes.

73 Véase el numeral 3 literal a del presente texto y notas al respecto.

De esta manera, según se concluye de lo indicado y si se aceptara la posición predominante en el país, el *child grooming* en Colombia estaría tipificado en el mencionado artículo 209 del Código Penal sobre el plano de la inducción a la realización de actividades sexuales con un menor de catorce años, de forma independiente al medio utilizado, y, por tanto, este comportamiento estaría sancionado con una sanción penal de 9 a 13 años de prisión.

En cualquier caso, considero que desde una perspectiva político-criminal debe tenerse en cuenta que sin el aparte de la norma que en la actualidad se entiende derogada, implica que cualquier mensaje de contenido sexual que llegara a interpretarse como inducción al menor de catorce años a realizar un acto sexual, por ejemplo tomarse una foto en ropa interior incluyendo mensajes sexualmente sugestivos, tendrá la misma punibilidad que el hecho de realizar actos sexuales sobre la corporeidad del menor, conductas que considero no deberían tener el mismo desvalor de resultado.

Pero es importante volver a analizar en el contexto del artículo 209 del Código Penal al que se viene haciendo referencia, en el marco de un caso de un abusador que solicita a un menor imágenes de su cuerpo con fines sexuales, para lo cual le envía un mensaje de chat. El menor lo observa, se lo muestra sus padres y lo bloquea. Resulta totalmente contrario a un equilibrio en el desvalor de acto y resultado que la conducta antes indicada sea sancionada con la misma punibilidad que el hecho de tocar, palpar e irrumpir en la intimidad corporal del menor de 14 años en el mundo real.

La norma que pretende sancionar el acto sexual virtual, supuestamente derogado sin mayores argumentos, otorga un cierto equilibrio en aquellos casos en que la inducción o el acto fuera realizado en tal entorno, caso en el que pueden darse diferentes opciones a las ocurridas en el mundo real, en donde el abusador sí logra descargar toda su lujuria sobre el menor al tener contacto con su cuerpo y sus órganos sexuales accediendo a aspectos sensoriales de la víctima que no se producen cuando se da un acto en la red⁷⁴, el cual, lejos de pensar que se trate de un acto superfluo, tiene una connotación diferente que sí mercería un tratamiento legal variado.

Toda la situación aquí planteada deviene del hecho de no admitir que algunos actos sexuales virtuales deberían ser efectivamente regulados de forma especial y de considerar que en materia de abuso sexual todo está dicho y que ciertas conductas sexuales como el *child grooming*, el *sexting* y el *cyberbullying*, entre otros, que han alarmado a la sociedad en épocas más recientes, solo se cambia el medio para realizar un abuso sexual, pero en últimas éste sigue siendo el mismo de siempre, lo cual está muy lejos de ser realidad, pues lo virtual tiene modalidades y formas de presentación

74 Pensemos en los casos en que el agresor eyacula sobre el cuerpo del niño, niña o adolescente pero aún sin realizar acceso carnal según lo define el artículo 212. Estos casos se sancionarían bajo el mismo espectro normativo que el *child grooming*.

muy variadas que, como se ha intentado hacer evidente en este trabajo, vienen creando una sexualidad diferente que es reconocida por la doctrina especializada y tarde o temprano, como lo han hecho en otras latitudes, deberán hacerse presentes las regulaciones al respecto.

Volvamos al caso del individuo que remite una imagen obscena o un video de sexo explícito por chat a un menor de catorce años sin hacer expresa ninguna intención hacia este último. En tal caso, frente a los verbos rectores del artículo 209 es claro que no se puede sostener que se trata de un acto sexual realizado *en* presencia del menor, pues al enviar escenas obscenas puede ser posible que el niño, niña o adolescente las observe o no, o vea solo una parte de ellas, etc., menos aún el video enviado puede ser considerado un acto sexual⁷⁵ realizado *con* el niño, niña o adolescente. Finalmente, deberíamos tratar de establecer si ese envío es por sí mismo una inducción a realizar una actividad sexual, última hipótesis del tipo, aspecto que solo se determinará en el contexto de unos hechos determinados, en donde el remitente exprese o insinúe que la remisión se hace con dicho propósito, pero lo que puede concluirse es que aun siendo atípica esa conducta, queda claro que la norma en mención no fue concebida para esos ámbitos y su interpretación y armonización con el entorno virtual, más aún si se tiene por derogado el inciso que incluyera la Ley 679, resulta forzada y no ofrece garantías de una tipicidad clara y expresa, a la vez que deja por fuera hipótesis como el constreñimiento y la inducción en error.

Los derechos de los niños, niñas y adolescentes se deben proteger con legislación diáfana y comprensible, pues no debe olvidarse que en la inducción de actos sexuales a menores de catorce años, se realiza en muchas ocasiones por parte de jóvenes de edades similares que son abarcados por el régimen penal de infancia y adolescencia de la Ley 1098 de 2004, cuestión que llama a ofrecer una legislación comprensible a todas las capas de la población y no una sujeta a interpretaciones complejas y de ocasión. En la protección de los niños, niñas y adolescentes no solo cuenta el aumento de penas y restricciones a los beneficios procesales, sino también la amplitud de posibilidades legislativas para efectos de sancionar a los responsables justamente, tanto cuando son adultos como cuando los agresores son del mismo entorno del adolescente, momento en que las sanciones del sistema penal de infancia y adolescencia deben ser eficaces frente a conductas muy bien delimitadas en el ordenamiento.

75 Lo cual no parece llenar las características de lo que se ha entendido como *acto sexual* en la jurisprudencia, en la que al analizar el caso de un clásico exhibicionista que muestra sus partes íntimas a dos menores que transitan por la calle, la Corte insiste en la definición de acto sexual, el cual pareciera no estar encuadrado en el mundo virtual, pues indica la Corte en una posición que ya se ha observado en diferentes fallos: “en sus fases objetiva y subjetiva, se dirige [...] a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos, y ello se logra a través de los sentidos del gusto, del tacto, de los roces corporales mediante los cuales se implican proximidades sensibles [...], y se consuman mediante la relación corporal [...]”. Aclarando más adelante en el fallo

En conclusión, lo que se avizora para el futuro de esta normatividad es que tarde o temprano se deberán modificar algunos aspectos del delito sexual y su regulación de cara a lo que los diferentes instrumentos internacionales reclaman, independientemente de que algunos de ellos se consideren *soft law*, pues la legislación en este punto clama por la sanción y estratificación de varias conductas virtuales, comenzando por el *child grooming*, el cual, si se siguiera la tesis aquí planteada, en el sentido de que el artículo 36 de la Ley 679 de 2001 está vigente, tendría una sanción atenuada más acorde con otros ordenamientos internacionales en donde su punición resulta de menor entidad que los actos sexuales sin violencia.

Además, de acuerdo con lo indicado, pareciera que nuestro país aún muestra cierta reticencia a legislar sobre los problemas de la virtualidad y mantenerse siempre en la equiparación de tales fenómenos con lo real, situación que, lejos de ser una solución, lleva a la agravación del problema en la medida en que se relativiza el valor de la tipicidad penal, tal como se ve hoy en la jurisprudencia al analizar el artículo 206 del Código Penal, sobre el que se volverá líneas más adelante⁷⁶, y en donde denotan interpretaciones forzadas para tratar de adaptar hechos ocurridos en lo virtual con aquellos que se presentan en el mundo real, cuando ello no puede siempre lograrse sin la lesión de principios fundamentales de la Constitución política y la ley, relativos a la estricta descripción de las conductas punibles.

que las sensaciones visuales hacen parte también de la estimulación sexual, pero, acaso con razón, indica que siempre el acto sexual se refiere a una “interacción”, SP2894-2020, radicación n.º 52024.

- 76 Tal es el caso de una sentencia que trató la situación de acto sexual violento ocurrido cuando un individuo por medio de coacción logró que una mujer, mayor de edad, realizara actos sexuales sobre su cuerpo para satisfacer virtualmente al autor. A pesar de que el tipo penal establecido en el artículo 206 indica que el acto sexual se sanciona al realizar un acto sexual *en* otra persona, situación que claramente no ocurre en el caso indicado, aun así la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado en la sentencia a la que se viene haciendo referencia en este caso, SP4573 de 2019, que la preposición *en* no impide que se configurara la conducta, desde luego, llevando la tipicidad del hecho a un supuesto no contemplado en ella, pues no se trata de una interpretación extensiva sino de incluir en el tipo conductas que realmente no se encuentran en él. Diferente habría sido si la Corte se hubiese introducido en referencia al álgido debate en torno a la autoría mediata en delitos de propia mano, en el que la doctrina se divide en torno a si ello puede ser aceptable o no. En el caso propuesto, si se aceptara la tesis de la autoría mediata se fundamentaría la sanción del autor mediato al instrumentalizar a su víctima para que realice actos en su propio cuerpo, caso en el que el autor mediato responde bajo una de las hipótesis de esta modalidad de autoría, como es la coacción insuperable sobre la víctima, tal como lo ha expresado Sánchez Vera y Gómez Tréllez, “Sobre la figura de la autoría mediata y su tan solo fenomenológica «trascendencia»”, *ADPCP*, vol. L1, 1998, pp. 327 y ss. En otro sentido, quienes están en contra de esta posibilidad, llegarían a la conclusión de la atipicidad de la conducta en el caso propuesto, precisamente por lo que aquí se viene analizando, consistente en la afectación del principio de legalidad, como lo indica Díaz y García Conlledo, “Autoría y participación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 10, 2008, p. 29. Sin embargo, como se viene indicando en el asunto que se mencionó, la Corte no adoptó una de estas dos posibilidades y se centró en que la interpretación literal del tipo no limitaba el hecho de el autor jamás accedió a la corporeidad de su víctima realizando con dichas consideraciones muy peligrosos ejercicios en contra del principio de tipicidad, cuyos efectos no son de lo más recomendable en un Estado de derecho.

– **El contacto virtual con niños, niñas y adolescentes en relación con otros delitos de contenido sexual en Colombia**

Inducción a la prostitución

Si el contacto virtual se realiza con el fin concreto de inducir a la prostitución a otra persona en los términos del artículo 213 del Código Penal, por principio de especialidad se deberá aplicar tal norma, desde luego con el agravante establecido en el artículo 216, cuando se trata de menores de 14 años, lo anterior en tanto *el inducir* es el verbo rector en este caso y la descripción típica se refiere al “comercio carnal”, razón por la cual se produce una descripción típica con una finalidad concreta que en este caso excluiría la inducción a “actividad sexual” del artículo 209, quedando así consolidado un concurso aparente con esta norma, que se resuelve en favor de la inicialmente mencionada.

Frente a la pornografía infantil

Como se ha indicado a lo largo de este aporte, la obtención de pornografía infantil con el propósito del consumo libidinoso privado de un adulto o con finalidades comerciales es una de las prácticas ilícitas contra niños, niñas y adolescentes en las que se utiliza el *child grooming* como acto preparatorio. Por esta razón se puede sancionar conforme el artículo 209 del Código Penal, en la modalidad de inducción a realizar actividad sexual real o virtual.

También siguiendo los planteamientos expresados líneas antes⁷⁷ debe considerarse que el comportamiento lesivo de la integridad sexual del niño, niña o adolescente consumado incluye el desvalor de los actos preparatorios y por ende el contacto virtual inicialmente sancionado como acto sexual abusivo con menor de 14 años, artículo 209, del Código Penal, que más tarde en el plan delictivo se consuma con la obtención de material pornográfico de la víctima, se deberá sancionar solo con la punibilidad del artículo 218. De la conveniencia de lo anterior da muestra la punibilidad del delito de pornografía con menor de catorce años, en tanto la sanción de este delito se delimita entre diez a veinte años, una alta punibilidad que muestra en ella la inclusión de los actos preparatorios, como sería la inducción a la obtención de las imágenes.

8. EL ARTÍCULO 312A DEL CÓDIGO PENAL Y SU RELACIÓN CON EL “CHILD GROOMING”

En la Ley 670 que tanto ha dado de qué hablar en líneas atrás, en su artículo 34 original incluyó la siguiente norma que no existía en el ordenamiento jurídico nacional:

77 Véase numeral 6.2 del presente texto, y nota 47.

Artículo 312A. 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 éstos, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años, y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de doce (12) años [énfasis propio].

Como puede observarse, puede plantarse, sin incurrir en exageración, que este artículo en su versión original pretendió regular la figura básica del *child grooming* en la legislación nacional y si bien ello no se consolidó, la disposición muestra dos aspectos que llaman la atención en su primera versión: la primera, que se ubicó en el capítulo cuarto de los delitos contra la libertad, la integridad y la formación sexuales, que hace referencia a la explotación sexual, lo cual abarca delitos enfocados a la protección, principalmente de los menores, de actos como prostitución, trata de personas y pornografía infantil.

En segundo término, el tipo penal en sus inicios incluyó una expresión muy reveladora, como es que el contacto se refiere en una segunda posibilidad del tipo a “ofrecer servicios sexuales”, mostrando que desde 1991 el enfoque de delito estaba dirigido, además del contacto propio del *child grooming*, a sancionar los contactos que se realizaran con el fin de explotar sexualmente a los menores.

Más allá de ese enfoque inicial de la Ley 679 de 2001, este tipo penal ha sido objeto de dos reformas, inquietud normativa que la ha llevado por el camino de la inexactitud y el desorden. La primera correspondió a la Ley 1236 de 2008, artículo 13, y posteriormente la 1329 de 2009, artículo 4°, disposiciones que consolidaron la conducta con la siguiente descripción:

Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de dieciocho años. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de dieciocho 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.

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

De las dos reformas quedó una tipificación con variadas conductas que no son muy armónicas, o por lo menos resultan de difícil comprensión, pero debe admitirse,

como lo consideró la jurisprudencia en las sentencias SP15490⁷⁸ y SP4573⁷⁹, que al estar ubicado en el ámbito del capítulo relativo a la explotación sexual, resulta claro que el bien jurídico específico pretende proteger toda forma de prostitución o abuso emanada del artículo 44 constitucional, quedando así su ámbito de aplicación en los menores de dieciocho años, pero sobre la base de que “[...] 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 en 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”.

Estas apreciaciones terminan siendo válidas de forma un tanto forzada en la medida en que luego de las diferentes reformas, la norma original sufrió una serie de variaciones, que incluso le llevaron a suprimir la exigencia de que el contacto fuera para “ofrecer servicios sexuales” conducta que debió mantenerse pues sintetizaba de una manera más concreta la explotación de quienes son menores de dieciocho años.

Después de este trasegar legislativo poco afortunado del artículo 219A del Código Penal, lo que queda claro es que la conducta escapó de las fronteras del *child grooming* tradicional y se centró en la utilización de las redes sociales con fines de prostitución o en general explotación sexual de menores de dieciocho años; y si bien constituye una disposición necesaria en todo código penal en el mundo de hoy, no es menos cierto que la redacción de la norma resulta desordenada y confusa y en su aplicación no deja de advertirse que la jurisprudencia ha recurrido a interpretarla de forma tal que se pueda enfocar hacia una sanción efectiva y anticipada a la trata de personas y servicios sexuales de personas menores de dieciocho años, mientras que las solicitudes sexuales de otras clases, como las engañosas o abusivas sin el fin de explotación constituirían, según la jurisprudencia que se viene citando, de forma sorprendente, conductas atípicas en razón de la libertad sexual que rige a partir de los catorce años, lo cual lleva también a establecer que en el caso del constreñimiento con finalidad sexual, si el abusador en la red no logra su objetivo, tendrá como sanción solamente por el delito de constreñimiento ilegal (artículo 182 del Código Penal), sin consideración alguna a la lesión al bien jurídico del desarrollo sexual del menor de dieciocho años.

Esta última interpretación jurisprudencial, que al tenor de lo establecido en el 312A, se insiste, no deja de ser ajustada a lo que quedó de la norma luego de sus pocas acertadas reformas, ha dejado en el decurso algunos argumentos verdaderamente preocupantes en relación con el artículo 44 constitucional y la Convención de los Derechos del Niño, y en general en relación con el bloque de constitucionalidad relacionado con la protección de la infancia y la adolescencia, tal como lo indicó el salvamento

78 Septiembre 2017.

79 Octubre de 2019.

de voto de la sentencia SP4573⁸⁰, pues el hecho de que a partir de los catorce años exista una libertad en la elección sexual de parte de los niños, niñas y adolescentes, no se puede confundir con que se trate de personas que aún mantengan un estatus de protección especial ante situaciones de abuso y por tanto deben ser objeto de tutela especial, no de forma optativa por el Estado sino por imperativo constitucional.

9. OTROS COMPORTAMIENTOS VIRTUALES QUE PUEDEN REQUERIR SANCIÓN PENAL

9.1. Existe un rezago en la legislación penal colombiana

No puede negarse que hay una contraposición entre lo que ocurre en el mundo real y aquello que sucede el mundo virtual, definitivamente estamos ante la posibilidad de dos mundos que parecen alejarse cada vez más, y lo que puede constituir un gran error

80 Concretamente algunas referencias de la sentencia, como el considerar que “En este orden de ideas, ser sujeto de ofertas, solicitudes o sugerencias en temas sexuales es, para todos los asociados a partir de los catorce (14) años, es una de las consecuencias del libre desarrollo de la personalidad, derecho fundamental que no ostenta ‘más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, conforme a lo señalado en el artículo 16 de la Carta Política”. Y más adelante indica: “Apelar, por ejemplo, a la ‘dignidad humana’ o a la oración ‘los derechos de los menores prevalecen sobre los de los demás’ (como argumentos en aras de indicar que las solicitudes sexuales con engaños a menores con catorce –14– años o más no deberían terminar impunes) desconoce que la sexualidad (ejercida por quienes son capaces de consentir) es un bien disponible, más allá de parámetros que fomenten mínimos a la dignidad humana como límite a la autonomía individual, o de cualquier criterio maximalista que invoque la supremacía de los derechos del ‘niño’, entendido como todo menor de dieciocho (dieciocho) años”. No fue acertado, considero, que la Sala Penal de la Corte Suprema intentara constitucionalizar su argumento bajo el libre desarrollo de la personalidad pero sin contraponerlo y ponderarlo con el artículo 44 y los tratados internacionales suscritos por Colombia, a lo que debe unirse el hecho de considerar que la premisa consistente en que los derechos de los niños prevalezcan sobre los de los demás, sea solamente una “oración” y no uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, desarrollado por un sinnúmero de fallos constitucionales, tratados internacionales y el artículo 9º de la Ley 1098 de 2000. Finalmente catalogar como maximalista que se protejan en mayor medida los derechos del “niño” no deja de ser algo a lo menos preocupante, pues dentro de la misma Constitución el artículo 44 ya mencionado, así como el 45 y la Ley 1098, establece una estratificación de los conceptos de niñez y adolescencia, como también la convención de derechos del niño parte de nuestro ordenamiento por expresa ratificación de la Ley 12 de 1991, norma que establece la calidad de niño en forma extensiva a toda persona menor de dieciocho años, razón por . Así, por todas, la Constitución Política, en su artículo 44, inidca que los niños serán protegidos contra toda forma de “abuso sexual”, y que el Estado, al igual que la familia y la sociedad, “tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”, derechos que “prevalecen sobre los derechos de los demás”. A su vez, la Convención sobre los Derechos de los Niños (artículo 1), prescribe que “para los efectos de la Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho de edad, salvo que, en virtud de ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En síntesis, la Constitución hace de los niños, sujetos de protección especial, y la Convención los define como los menores de dieciocho años –para los efectos de la misma Convención–. Luego considerar niños a los menores de dieciocho años no es una teoría o una postura individual o académica insular o basada en “tendencias alcahuetas”, sino un imperativo de obligatorio cumplimiento que debe sistematizarse con las consideraciones en torno a los niveles de protección de cada una de las sub especies que la niñez abarca.

es pensar que lo virtual hoy sea simplemente un medio para observar el mundo tal como es, acaso un espejo de la realidad. Constituye una gran verdad que el ser humano actúa sobre bases motivacionales siempre similares a lo largo de la historia y que sus pasiones loables y non sanctas en el fondo suelen ser las mismas a pesar del transcurso del tiempo. Como lo dijera Savater, “en el mundo solo cambia la epidermis”⁸¹.

Abusadores siempre han existido y, como se indicó unas líneas atrás, siempre estará el oportunista abusador en las puertas del colegio o en el parque esperando aquel niño o niña que caminan distraídos para acecharlo o acecharla como a una presa.

Pero esta realidad no debe engañar en cuanto a que la realidad virtual en efecto ostenta una mayor capacidad de diseminar el abuso y hacer más daño a niños, niñas y adolescentes y que el derecho penal debe saber adaptarse a los cambios del tiempo de la manera más efectiva posible sin entrar en posturas reaccionarias y descoordinadas o sencillamente por estar de moda.

Debe tenerse en cuenta, a título de ejemplo, que en el ámbito de la virtualidad, mientras el título de delitos contra el patrimonio económico generó un capítulo especial que sanciona la realización de nuevas formas delictivas en lo virtual, como el *phishing* o el acceso indebido a un sistema informático, y ello se consolidó en Colombia en la Ley 1273 de 2009, no ha ocurrido exactamente lo mismo en materia de delito sexual virtual en nuestro país, en donde sí han existido, como ya se vio, intentos de legislación, pero ellos no han tenido la visión sistemática que integre el sistema actual del delito sexual con las nuevas modalidades delictivas que permita sancionar comportamientos en lo virtual sin que ello sea obstáculo para que el sistema tradicional continúe su vigencia sin afectaciones, ya que la legislación básica del Código Penal en los capítulos primero y segundo, que se estructura sobre actos sexuales violentos y abusivos y demás actos sexuales indebidos, no debe ser objeto de cambios, solamente de puntuales adiciones a las figuras existentes y modificaciones que permitan seguir con los requerimientos que la comunidad internacional viene haciendo en cuanto a la legislación penal sexual, principalmente en el ámbito de protección al menor, pero sin desbordes de punibilidad ni por medio de generar el caos en las descripciones típicas, como ha ocurrido precisamente en la legislación relativa a la pornografía infantil, la cual ha tenido reformas constantes que están lejos de llevar al perfeccionamiento del sistema de sanciones⁸².

81 “Las costumbres, la sociedad y la moral han cambiado muchísimo, pero la soledad, la nostalgia, la compañía del amado [...] son sentimientos que conocemos perfectamente. Cambia la epidermis del mundo, pero debajo hay un núcleo que sigue vivo.” Savater, Fernando, *Ética de urgencia*, p. 13.

82 Desde la entrada en vigencia en el año 2000, el régimen de los delitos sexuales ha tenido las siguientes reformas: 679 de 2001, 1236 de 2008, 1257 de 2008, 1329 de 2009 y 1918 de 2008, por lo cual puede constituir un despropósito el reclamar reforma, pero en realidad la normatividad se muestra lejana a la claridad y armonía con los tiempos que corren.

9.2. Los casos de constreñimiento o engaño virtual encaminados a la obtención de imágenes pornográficas o agresión sexual hacia los menores de edad

Como se ha indicado líneas atrás, una práctica que ha sido repetitiva en la sociedad consiste en que algunos jóvenes (sin hacer referencia, desde luego, a todo el universo que puede existir en este ámbito de los adultos) en desarrollo de una relación más o menos estable o incluso de manera ocasional comparten videos o imágenes sexuales. En tal caso, habría que distinguir dos aspectos: el primero, que el destinatario de la imagen sexual pueda ser un menor de catorce años, caso en el que tendríamos que analizar los diferentes verbos rectores que se analizaron en acápite anterior, para establecer si la conducta se enmarca en el artículo 209 del Código Penal. Pero en otro ámbito puede ocurrir que quien comparte en esas mismas circunstancias los videos o imágenes es menor de dieciocho años y mayor de catorce, razón por la cual la conducta podría quedar abarcada por un consentimiento válido.

Aun así, las situaciones descritas anteriormente no pueden llamar a equívocos, pues el menor de dieciocho y mayor de catorce no es un adulto y por ende su capacidad y consentimiento sexuales no alcanzan el mismo tratamiento que quien ha obtenido la mayoría de edad. Lo anterior más allá de que se considere que los adolescentes actuales son más explícitos y desenvueltos en las lides sexuales que los de generaciones anteriores, pues tal supuesta experiencia, información o capacidad la intimidad, por extensa que sea, no los convierte en adultos y continúan siendo sujetos de especial protección tanto en el ámbito internacional como la legislación nacional⁸³.

Según la Convención de los Derechos del Niño, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, se entiende por *niño* todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad, situación que no se presenta en Colombia.

Esta no es una disposición optativa, referencial o anecdótica en el ordenamiento, pues se trata de una norma que conforma el bloque de constitucionalidad, de acuerdo con lo expresado en la sentencia C-1068 de 2002, que armoniza con las normas superiores, y necesariamente se debe llegar a la conclusión de que los menores de edad entre catorce y dieciocho años también son sujetos de especial protección, así ellos tengan algunas condiciones que los acerquen al adulto, tales como el consentimiento sexual al que se viene haciendo referencia, al igual que ocurre en relación

83 Colombia es un país con un índice de madurez sexual que en el mundo occidental contemporáneo puede considerarse temprana, situación que impacta directamente el embarazo adolescente. Según cifras del Departamento Nacional de Estadística (DANE), se estableció que durante el año 2020 una cifra cercana a los 100 mil niños recién nacidos tuvieron como madres a mujeres y niñas de 19 años o menores.

con el derecho a participar en actividades en entidades públicas y privadas que desarrollen el progreso de la juventud.

En consecuencia, es de considerar que la libertad y el desarrollo sexuales del menor de dieciocho años no son exactamente iguales a los del adulto y su margen de protección debe estar acentuado a protegerlo de cualquier forma de abuso sexual o de cualquier otra índole, en cumplimiento de todo el espectro normativo protector de los derechos de infancia y en particular los de adolescencia⁸⁴.

Volviendo a lo anterior, el compartir imágenes de sexualidad explícita por medios virtuales, en la práctica conocida como *sexting*, en las que participan menores de dieciocho años pero mayores de catorce está abarcada por un consentimiento válido, pero ello no significa que no subsista un alto margen de protección de sus intereses jurídicos contra el abuso sexual o cualquier otra forma de explotación⁸⁵.

Lo analizado en precedencia, considero, produce efectos en dos escenarios del abuso sexual virtual, el engaño y el constreñimiento. En el primer caso, porque el engaño virtual es sin duda, como se abordó en la parte introductoria de este aporte, un acto mucho más complejo y eficaz que el de antaño conocido como “estupro”⁸⁶, que en su momento requirió incluso promesa de matrimonio.

Dicha conducta, entonces punible y si se quiere hoy jocosa, no tiene nada que ver con el engaño virtual en redes sociales o las aplicaciones, encaminada a la obtención de imágenes sexuales más o menos explícitas de un menor de edad con fines posteriores de constreñimiento, sea este para obtener más imágenes con el propósito de utilizarlas en pornografía con menores o comercio sexual, como también para lograr el acceso carnal con el niño, niña o adolescente

Por ello no son aceptables frente a los derechos de niñas, niños y adolescentes los argumentos de la sentencia SP4573-2019, tantas veces mencionada, pues un margen de protección sobre la sexualidad de la franja de adolescentes entre catorce y dieciocho años no es un problema de moralidad sexual ni de imponer códigos sociales

84 Podría abrirse en este ámbito la puerta a unos derechos especiales reproductivos y sexuales para el menor de dieciocho años en el entendido que puede ejercer tales derechos entre los catorce y los dieciocho años, pero sobre un entorno de especial protección.

85 Al punto que esta práctica puede interpretarse como “pornografía infantil” si supera el ámbito de la privacidad de quienes interactúan en ellas.

86 En el Código Penal de 1980, el estupro estaba compuesto por dos normas: el artículo 301, que establecía: “Acceso carnal mediante engaño. El que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”; y el 302: “Acto sexual mediante engaño. El que mediante engaño realice en una persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, acto sexual diverso del acceso carnal, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años”.

o comportamientos deseables a ese grupo de especial protección; por el contrario, la ley deberá desplegar algunas barreras de protección particulares buscando evitar que se concreten riesgos sociales reales que se presentan contra los adolescentes en el ámbito virtual, problemática que no se presentaba en décadas anteriores en relación con personas en dicho rango de edad. Como se expresó, el peligro virtual es aún más pronunciado que el real, dadas sus especiales características, por ende la decisión político-criminal de sancionar al *grooming* e incluso el engaño virtual tiene justificación en el escenario virtualizado de la sociedad actual.

Por tal motivo, considero que dentro del ámbito de tipificación penal actual debe sancionarse aquel contacto que realiza un individuo que falsea o simula una identidad que resulta familiar, simpática o atractiva para el niño, niña o adolescente, utilizando variados nombres, características físicas, nacionalidades, aficiones, en fin, infinitas modalidades de engaño de las cuales pueden ser víctimas tanto los menores de catorce años como los menores de dieciocho.

Debe reflexionarse en este ámbito, por ejemplo, en torno al delito de “falsedad personal” (artículo 296 del Código Penal⁸⁷), que sanciona a aquellas personas que simulan una calidad de la que carecen, siempre que ello se despliegue en actos que tengan la posibilidad de producir efectos jurídicos. Dicha disposición demuestra que el engaño puede sancionarse aun en una etapa anticipada, desde luego partiendo de una sanción proporcional. En igual sentido, el contactar a sujetos de especial protección, como son los menores de dieciocho años, mediando engaños suficientes, conforme el entorno social, deberá generar una reacción punitiva precisamente encaminada a una de las formas de *child grooming* que se encuentran sin tipificación, pero que al presentar un claro peligro para el bien jurídico justifican la anticipación punitiva.

En tal sentido, no parece ajena a las actuales condiciones de las interacciones sociales la sanción penal de la suplantación de identidades o creación de estas con falsos perfiles atractivos y dirigidos inequívocamente a los menores de edad, como el caso de quien simula ser instructor deportivo, un profesor de teatro o danza o acaso el representante de una prestigiosa “agencia internacional de modelos” y que prevalido de la poca experiencia del adolescente se gana la confianza de menores de dieciocho años, recurriendo para ello a fotos, videos falseados y con montajes a los que cualquiera puede hoy acceder en el escenario virtual⁸⁸.

87 La norma establece: “Falsedad personal. El que con el fin de obtener un provecho para sí o para otro, o causar daño, sustituya o suplante a una persona o se atribuya nombre, edad, estado civil, o calidad que pueda tener efectos jurídicos, incurrirá en multa siempre que la conducta no constituya otro delito”.

88 Así como en la actualidad no representa una discusión en el derecho penal frente a la tipicidad de algunos comportamientos como el de la falsedad personal, el hecho de que una persona se disfraze de policía o de juez para asistir a una fiesta de disfraces, tampoco debería tener alguna trascendencia para un tipo penal de falsedad personal virtual aquel cincuentón que postea en Tinder una imagen “un poco” retocada de su apariencia y estado físico buscando una anhelada aventura. Desde luego la

En el otro ámbito de análisis, es necesario tener en cuenta que en ocasiones se obtienen imágenes de un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años mediante engaño o con la aquiescencia de la víctima, pero en una segunda fase del comportamiento surge el propósito ulterior de coaccionar a esta o constreñirla con el propósito de tener un contacto enmarcado en el acceso carnal o acto sexual, y por ende se puede plantear a lo menos la tentativa de cualquiera de estos dos delitos, según los artículos 206 y 211 del Código Penal, o artículo 205 del Código Penal, ambos supuestos basados en lo establecido en el 212A⁸⁹ del Código Penal.

En tales posibilidades existe sin embargo la necesidad de observar que en aquellos casos en que el comportamiento del agente al coaccionar no se dirige de forma inequívoca a la comisión del delito de acceso carnal violento o tampoco puede subsumirse en el de acto sexual en la misma modalidad (artículo 206 del Código Penal), la legislación colombiana aún reacciona punitivamente sancionando solo la lesión de la autonomía personal por vía del constreñimiento ilegal del artículo 182 del Código Penal, dejando de lado la lesión de la integridad y formación sexuales, incluso de niños, niñas y adolescentes.

La solución, en consecuencia, frente a la coacción o constreñimiento sexual, en donde el medio utilizado sea el aprovechamiento de imágenes virtuales o el agente tenga por objetivo la obtención de esa clase de imágenes consiste en que deben adelantarse las barreras de protección de tal manera que se sancione por medio de una conducta subsidiaria y especial el constreñimiento encaminado a esas dos posibilidades, se insiste, la primera en los casos en que se busque la obtención de imágenes de contenido sexual de menores de edad o cualquier actividad sexual abusiva, y la segunda, en la que el medio utilizado para el constreñimiento sea material que involucre actividad sexual y se busque con este cualquier forma de abuso al menor de dieciocho años; es decir, la coacción debe ser independiente del posterior plan delictivo que el agente vaya a ejecutar, como sería el acceso carnal de la víctima, el acto sexual o la obtención de pornografía infantil. Haciendo un parangón con la legislación actual, por ejemplo, encontramos la forma como el legislador sanciona el constreñimiento a la prostitución en el artículo 214 del Código Penal, pero de una manera más amplia, en la que el constreñimiento abarque la pornografía con menores de dieciocho años o cualquier forma de abuso sexual⁹⁰.

posible represión penal de una falsedad virtual necesariamente deberá depender de la idoneidad del engaño, en el sentido de ir encaminado al menor de dieciocho años de forma idónea y claramente definida a obtener imágenes que de otra forma no compartiría con ninguna otra persona en la red.

89 Dicha norma establece: “Para efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por violencia; el uso de la fuerza; la amenaza del uso de la fuerza; la coacción física o psicológica, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención ilegal; la opresión psicológica; el abuso de poder; la utilización de entornos de coacción y circunstancias similares que impidan a la víctima dar su libre consentimiento”.

90 Figura que está tipificada en el artículo 214 del Código Penal, agravado cuando el sujeto pasivo es un

Engaño y constreñimiento constituyen una dualidad que acecha con incuestionable peligro, real y efectivo, a los menores de dieciocho años, que, como se ha visto, utiliza varios momentos, inicialmente el contacto y análisis de menor, momento en el cual puede tener un rol esencial el engaño, para luego obtener su confianza y de esta manera lograr descifrar sus intereses o problemas personales, y finalmente obtener las anheladas imágenes o videos que permiten llegar a constreñimiento, mediante amenazas al menor de edad con el revelar las imágenes obtenidas a sus contactos, a sus padres o a los amigos en su colegio o universidad, ello bajo condición de obtener otros beneficios sexuales como los ya enunciados líneas atrás.

En conclusión, no es entonces admisible, desde la perspectiva de la protección de este grupo social, indicar que los adolescentes tienen un deber de protección y por ello, en caso de ser engañados en la red, las consecuencias de esa situación resulta ser responsabilidad del mismo adolescente y que ello en consecuencia está dentro de su propio margen de protección. Semejante argumento, esgrimido por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal, desconoce la protección especial que se debe dar a los menores de dieciocho años, y no puede ser considerada una actitud paternalista hacia ellos⁹¹. Debe tenerse en cuenta que el renunciar a un cierto nivel de protección en la red puede generar serios reparos, creo, en dos perspectivas: la primera centrada en la imperiosa necesidad de presentar reacción estatal a una criminalidad palpable hacia los adolescentes, y de otro lado en lo referente a los compromisos que tiene Colombia en relación con el ejercicio de una política criminal internacional dirigida a los delitos virtuales que se ha gestado desde años atrás con el propósito de reaccionar contra la delincuencia en la red, no solo en relación con la pornografía infantil, figura esta última que ha sido el principal objetivo de las reformas legislativas en ocasiones anteriores⁹².

Por ello es necesario considerar que dado el entorno nacional e internacional de protección de los menores de dieciocho años, las modalidades de engaño y constreñimiento en lo sexual deben ser amparadas con una norma especial en el primer caso y por otro lado, en cuanto a la coacción, deberá el legislador en el ámbito sexual de los menores, ir más allá de lo establecido en el artículo 182 del Código Penal, en donde se ha estatuido un constreñimiento ilegal simple, para añadir circunstancias

menor de 14 años. Incluso, existen otras figuras de “constreñimiento anticipado” como es el llamado “constreñimiento al sufragante” establecido en el artículo 387 del C. Pen. Incluso, el mismo constreñimiento ilegal, tipificado en el artículo 182 del Código Penal, ya tiene una situación de agravación cuando se realiza por grupos armados, mostrando que se presentan eventos de especial interés del legislador por agravar esta conducta punible.

91 *Ibíd.*, nota 74.

92 En lo que se refiere a la legislación contra la pornografía infantil, resulta un poco paradójico que no exista cuestionamiento alguno a su regulación, pero que no se haya enfocado el legislador en comportamientos que le dan el combustible necesario para su crecimiento, como son el engaño y el constreñimiento a menores de dieciocho años para la obtención de imágenes de sexualidad explícita.

de agravación que sancionen los eventos en los que se involucre la intimidad de las personas, pero con especial énfasis en los niños, niñas y adolescentes.

Lo anterior no ocasiona antinomias o situaciones paralelas con el delito de acto sexual violento o acceso carnal en la misma modalidad, en el entendido de que si bien precisamente una de las modalidades de violencia es la coacción, según el artículo 212A del Código Penal, tales figuras cuando el abusador no logra su cometido, no alcanzan el estadio de tentativa y en este caso parece necesario el adelantamiento de las barreras de punibilidad para que, en unos casos, aquel que ha obtenido imágenes o videos de un menor de dieciocho años y por ese medio lo constriñe a alguna actividad de carácter sexual, deba responder por el hecho.

Supongamos una situación que se presenta con cierta frecuencia en la actualidad, consistente en que dos adolescentes sostienen una relación fortuita y de ella quedan huellas del intercambio sexual en alguna aplicación o red social. El joven quiere continuar con la relación pero la otra parte, una joven de 17 años, no desea seguir adelante. Ante la negativa de la otra parte, el joven decide constreñirla con la divulgación del contenido de las grabaciones a cambio de volver a tener relaciones con él. Ante el hecho, la joven lo denuncia inmediatamente (situación que no ocurre frecuentemente). Esta situación puede repetirse en diferentes casos en donde el acceso inicialmente autorizado o abusivo a imágenes de niños, niñas y adolescentes constituye el elemento del que se sirve el abusador para obtener diversos fines, los cuales pueden no estar claramente definidos.

¿En tales casos existiría la posibilidad de una tentativa de acceso carnal o acto sexual violento por coacción? Tal posibilidad no se debería admitir al tratarse de un acto equívoco o insuficientemente dirigido al delito de acceso carnal violento, artículo 205 del Código Penal, por lo que resultaría más prudente, incluso para el mismo autor del hecho, sancionar por el delito de constreñimiento ilegal en el ámbito de la intimidad sexual contra menor de dieciocho años, con una sanción intermedia superior al constreñimiento simple, pero aún menor a la tentativa de acceso carnal violento.

Similar situación deberá ocurrir cuando el constreñimiento se realice para obtener imágenes sexuales de una niña, un niño o adolescente entre catorce y dieciocho años, pues, como se indicó en el aparte pertinente, el artículo 209 regula el acto sexual por inducción, mas no por coacción, y partiendo de la base de que el artículo 212 regula la violencia en los actos sexuales. Pero lo anterior no resulta claro en todos los casos, en tanto existen situaciones principalmente en los escenarios virtuales donde se presenta coacción, pero no se llega a los actos preparatorios inequívocamente dirigidos al acto sexual.

Debe tenerse en cuenta, además, que existe solo aparente claridad en torno a que la coacción para realizar acto sexual contra un menor de catorce años ya se encuentra tipificada en el artículo 206 del Código Penal, en el marco del acto sexual violento,

pues existe una problemática en la tipificación del mencionado artículo, en tanto asume la descripción típica haciendo referencia a la realización de acto sexual *en* otra persona, cuestión que puede reñir con la realización de actos preparatorios de coacción sexual virtual, y esta situación fue objeto de análisis por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en postura que considero apartada del tenor de la ley⁹³, y que debe abordarse en el marco de la dogmática penal como una situación de autoría mediata en la que el instrumento es la propia víctima⁹⁴, en este caso por coacción, siendo preferible una legislación específica que haga punible la coacción sexual virtual como acto preparatorio, pero en todo caso subsidiario al 206 del Código Penal en caso de que este se concrete.

Estos puntuales pero, considero, contundentes elementos llevan a entender que no se puede concebir la sanción de fenómeno del ciberdelito en general y el *child grooming* por inducción o el constreñimiento y engaño para obtener relaciones sexuales como producto de una paranoia actual sin sentido. Las realidades de diferentes países, como se pudo establecer en las reflexiones anteriores, muestran cómo al entrar en vigor la acción del derecho penal en este asunto las sanciones se han presentado de manera relativamente rápida teniendo en cuenta las particularidades sociales de cada nación. Entonces no se trata hoy solamente de que se pretenda proteger la sexualidad real sino también de una sexualidad virtual sobre la cual, a pesar de las críticas existentes, el derecho penal debe asumir una respuesta ajustada, proporcionada y lejana a los moralismos, así esta no tenga la efectividad o utilidad esperada, pues siempre serán preferibles la prevención, la educación y el tratamiento tanto de quienes de forma inexplicable para la mayoría de las personas centran sus apetitos sexuales en niños, niñas y adolescentes como de las nuevas generaciones que van avanzando desde su primera infancia conectados a las redes sociales y relacionándose no de una sola forma, como ocurrió con las anteriores generaciones, sino en un doble contacto con el entorno, el real y el virtual, siendo este último, además de frecuente, algo que va más allá de ilusiones o espejismos, aspecto que no deben ignorar los que pretenden la inexistencia de estas problemáticas, pues lo que está cambiando no es el derecho penal sino las formas de interacción humana, y dentro de ellas, la sexualidad.

93 Véase nota al pie n.º 76.

94 Ya advertía Cancio Meliá hace más de dos décadas atrás aún sin referencia al delito virtual: “En este contexto llama la atención un determinado grupo de casos, no del todo infrecuente, que en la redacción del artículo 206 C. P. col. parece que debe quedar fuera del ámbito de incriminación por razones de legalidad: aquellos supuestos en los que el autor, sin establecer contacto corporal directo, obliga a realizar a la víctima una determinada actividad sexual, como puede ser, por ejemplo, obligar al sujeto pasivo a masturbarse, o a realizar una conducta de significación sexual en un tercero. En efecto: al referirse el artículo 206 C. P. col. a la conducta de quien ‘realice en otra persona’ los actos sexuales en cuestión, parece claro que la prohibición de la analogía consagrada en el artículo 6.º C. P. col. impedirá su inclusión en el ámbito típico”. Cancio Meliá, M., “Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano”. *Derecho Penal y Criminología*, 21, 70 (oct. 2000), 65-69.

Luego si bien puede entenderse como una decisión político-criminal en extremo punitivista, es imperativo hoy diseñar e instaurar algunas modalidades delictivas, armónicas, proporcionales y legítimas, utilizando el adelantamiento de las barreras de protección propias del *child grooming* y las demás figuras adyacentes que se han analizado, tal como en algunos países se ha realizado fundamentándose en aspectos como los antes indicados que apuntan a que no estamos ante peligros iguales a los que los antiguos abusadores sometieron a los niños, niñas y adolescentes de otras épocas. Existen riesgos y situaciones especiales de peligro enmarcadas en lo virtual que reclaman la respuesta estatal de protección del bien jurídico, y ello es lo que ha puesto de presente el entorno internacional mencionado al inicio de este trabajo.

CONCLUSIONES

1. La política criminal internacional, con importantes expresiones en diferentes partes del mundo y una indiscutible influencia en el hemisferio occidental principalmente, muestra una tendencia relativamente reciente a influenciar a los estados para que legislen en relación con los delitos que se cometen en contra de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del espacio virtual. Con base en esos consensos internacionales se ha abierto paso la sanción del *child grooming*, un caso de anticipación de la punibilidad en el que se castiga el contactar por medios virtuales a un menor de edad con fines de cometer un delito sexual posterior.

2. En Colombia los antecedentes del *child grooming* son recientes, pero, según se desprende del contenido de la Ley 679 de 2001, esta normatividad trató de ocuparse de esta temática de forma anticipada sin que haya consolidado su filosofía y finalidad en un primer momento. Aun así, el artículo 33 de la Ley 679 de 2001, que hace referencia al acto sexual virtual, se encuentra vigente según el criterio expuesto, por más que se trate de una propuesta minoritaria frente a otra que lo considera derogado de forma tácita.

3. En Colombia se puede admitir que en efecto existe la tipificación de un delito de *child grooming* tardío en la medida en que para la punición del contacto virtual con fines sexuales con un niño o niña menor de 14 años se requiere la creación de un vínculo en el que por lo menos el sujeto activo *induzca* a la víctima a la realización de alguna actividad sexual.

4. En el ámbito virtual, el artículo 209 del Código Penal admite las modalidades de realizar actos sexuales virtuales *con* menor de catorce años o mediante *inducción*, al tiempo que la expresión *en presencia* de menor no sería aplicable a un delito de acto sexual virtual, esto de manera independiente a la discusión en relación con la vigencia del artículo 33 de la Ley 679 de 2001, la cual se ocupa de la realización de la conducta en lo virtual.

5. Es necesario, finalmente, tipificar de manera específica, pero respetando los esquemas de proporcionalidad del Código Penal actual, las conductas de contactar a niños, niñas y adolescentes por medios engañosos, para obtener imágenes íntimas o para producir un contacto posterior siempre que se utilicen identidades falsas que permitan acceder al niño, niña o adolescente de forma tal que se ponga en riesgo su integridad sexual. En igual sentido, el *constreñimiento sexual, conocido internacionalmente como sextorsión*, deberá ser sancionado de forma particular, con la introducción de una o varias circunstancias de agravación en el artículo 182 del Código Penal cuando se utilice como medio para la comisión del ilícito, material virtual íntimo del niño, niña o adolescente con el propósito de lograr un contacto sexual posterior o cuando se constriña para la obtención de esa misma clase de material que involucre la intimidad sexual de las víctimas menores de dieciocho años.

REFERENCIAS

Borrajo, E.; Gámez-Guadix M.; y Calvate E., Cyber dating abuse: Prevalence, context, and relationship with offline dating aggression, en *Psychological Reports: Relationships & Communications*, 2015, 116, 2, pp. 565-585.

Cancio Meliá, Manuel, Internacionalización del derecho Penal y la política criminal, algunas reflexiones sobre la lucha Jurídico-penal contra el terrorismo, *Revista CENIPEC*, 29, 2010, p. 85.

Cancio Meliá, Manuel, “Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano”. *Derecho Penal y Criminología*, 21, 70 (oct. 2000), 65-9.

Díaz Cortés, Lina Mariola, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, junio 2014, pp. 303-374.

Díaz Cortés, Lina, “El denominado ‘child grooming’ del artículo 183 bis del Código Penal: una aproximación a su estudio”, año LXVI. Boletín Ministerio de Justicia núm. 2138, enero 2012 - www.mjusticia.es/bmj.

Domènech y Tirado, “*Lo virtual y lo social*”. *Athenea Digital*. Revista de pensamiento e investigación social, jun. 2002. Disponible en <https://atheneadigital.net/article/view/n1-domenech-tirado>.

Dolz Lago, “Un acercamiento al nuevo delito *child grooming*”.

Esquinas Valverde (Espinosa Ceballos, directora), *Lecciones de derecho penal, parte especial*, p. 180, 2018.

Górriz Royo, Elena, “On-line child grooming” en *Derecho penal español*, p. 5. www.indret.com.

Guzmán y Meyer, *International soft law*, 2 J, *Legal analysis*, Berkeley, pp. 171 y ss.

Kolpakova, O. (ed.), *Online behaviour related to child sexual abuse: Focus groups’ findings*. Council of the Baltic Sea States, Stockholm: Robert project, p. 25, 2012.

Kubiciel, M. 2013. Ciencia del Derecho penal y política criminal europea. *Derecho Penal y Criminología*. 34, 97 (dic. 2013), pág. 30. Citando a Vogel, Joachim, *Política criminal y dogmática penal europeas*, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/13vogel>.

Levi, Pierre, *Qué es lo virtual?*, pp. 24-25.

Manso Porto, Teresa, “Agresiones a bienes altamente personales a través de las TIC”, en *Menores y redes sociales*, Cuerda Arnau, directora, pp. 302 y ss.

Mendoza Calderón, Silvia, “El derecho penal frente a las formas de acoso a menores. Bullying, cyberbullying, grooming y sexting”, p. 158.

Miró Linares. “El cibercrimen”, p. 25, nota 1, p. 255.

Montiel, Irene; Carbonell, Enrique; Salom, Miriam. *Victimización infantil sexual online: online grooming, ciberabuso y ciberacoso sexual*, 2014, p. 218.

Monserrat Sánchez-Escribano, Isabel, Propuesta para la interpretación de la cláusula concursal recogida en el artículo 183 ter 1 (delito de *online child grooming*), *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n.º 12, 2018, p. 142.

Montoya Vacadéz, El delito sexual abusivo con menor de catorce años en el ordenamiento colombiano, *Revista Derecho Penal* n.º 67, abril-junio/2019, pp. 139-182.

Núñez Fernández, José, Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código Penal de 2012 y 2013* ADPCP, vol. LXV, 2012, p. 210.

Pollack, Daniel y MacIver, Andrea, “Understanding Sexual Grooming in Child Abuse Cases”, vol. 34, n.º 11, 642 F.3d 588, 592 (7th Cir. 2011), https://www.americanbar.org/groups/child_law/resources/child_law_practiceonline/child_law_practice/vol-34/november-2015/understanding-sexual-grooming-in-child-abuse-cases.html, comentarios también en relación con este fallo en Manero, Gabriela, “Grooming as ‘Other Acts’ Evidence”, Update, National Center for Prosecution of Child Abuse, vol. 23, n.º 7.

Ramos Vásquez, “Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma del [Código Penal] de 2012 y 2013”.

Ramos Vásquez, José, “Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 8, julio de 2012, pp. 195-227.

Riquert, Marcelo, Ciberacoso sexual infantil, en el sentido que la pena asignada a este delito podría ser lesiva del principio de proporcionalidad, www.pensamiento-penal.com.ar, pp. 8 y ss.

Savater, Fernando, *Ética de urgencia*, p. 13.

Torres Tópaga, William. Delitos contra la libertad, integridad y formación sexual. En *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, t. II, 3.ª ed. Universidad Externado de Colombia.

Villacampa Estiarte, Carolina, El delito de *online child grooming* o propuesta sexual telemática a menores, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 67 y ss.; 79.

Webster, S. *et al.*, Scoping Report: European Online Grooming Project, European Online Grooming Project for the European Commission Safer Internet Plus Programme, Londres, abril de 2010, p. 7.

Otros

International Centre for Missing and Exploited Children, <https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/09/Grooming-Por-Internet-de-Ninos.pdf>, 2017, nota 5.

OCDE, Protecting children online, mayo de 2020, an overview of recent developments in legal frameworks and policies.

ONU, International Law Aspects of Countering Terrorism: <https://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/FAQ/English.pdf>.