

ABUSO Y VIOLENCIA SEXUAL INFANTIL, EXPLOTACIÓN HUMANA Y DISCURSO DE ODIO

SALA DE CASACIÓN PENAL

Cartilla



ABUSO Y VIOLENCIA SEXUAL INFANTIL, EXPLOTACIÓN HUMANA Y DISCURSO DE ODIO

SALA DE CASACIÓN PENAL

Cartilla

• • •

2024

Defensoría del Pueblo



#NosUnenTusDerechos



#NosUnenTusDerechos



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia



ISBN: 978-628-7743-17-5

© Defensoría del Pueblo
© Corte Suprema de Justicia

Obra de distribución gratuita.
El presente texto se puede reproducir,
fotocopiar o replicar, total o parcialmente,
citando la fuente.

Colombia. Defensoría del Pueblo y Corte
Suprema de Justicia. Cartilla: Abuso y
Violencia Sexual Infantil, Explotación Humana
y Discurso de Odio

Páginas: 72

Bogotá, D. C., 2024

Defensoría del Pueblo
<https://www.defensoria.gov.co/>

Corte Suprema de Justicia
<https://cortesuprema.gov.co/>

...

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Julio Luis Balanta Mina
Defensor del Pueblo

Robinson de Jesús Chaverra Tipton
Vicedefensor del Pueblo

Nelson Felipe Vives Calle
Secretario Privado

Oscar Julián Valencia Loaiza
Secretario General

EQUIPO REDACTOR Y EDITOR DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

David José García Alcocer
**Coordinador Grupo Centro de Estudios en
Derechos Humanos
Despacho Vicedefensor del Pueblo**

Juan Antonio Barrero Berardinelli
**Contratista Despacho Vicedefensor del
Pueblo**

...

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Gerson Chaverra Castro
Presidente Corte Suprema de Justicia

Octavio Augusto Tejeiro Duque
Vicepresidente Corte Suprema de Justicia

Marjorie Zúñiga Romero
Presidenta Sala de Casación Laboral

Diego Eugenio Corredor Beltrán
Presidente Sala de Casación Penal

Gina Ramírez Rodríguez
Magistrada Auxiliar de Presidencia

Víctor Julio Usme Perea
**Coordinador Gestión del Conocimiento
Jurisprudencial**

Magistrados de la Sala de Casación Penal

Myriam Ávila Roldán
Gerson Chaverra Castro
Diego Eugenio Corredor Beltrán
Fernando León Bolaños Palacios
Hugo Quintero Bernate
Carlos Roberto Solórzano Garavito
Gerardo Barbosa Castillo
Jorge Hernán Díaz Soto

Sala Especial de Primera Instancia

Jorge Emilio Caldas Vera
Presidente Sala Especial de Primera Instancia
Blanca Nélida Barreto Ardila
Ariel Augusto Torres Rojas

Sala Especial de Instrucción

Misael Fernando Rodríguez Castellanos
Presidente Sala Especial de Instrucción
Héctor Javier Alarcón Granobles
Francisco Javier Farfán Molina
Cristina Eugenia Lombana Velásquez
César Augusto Reyes Medina
Marco Antonio Rueda Soto

EQUIPO REDACTOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

María Isabel Fuentes Ramos
Luis Manuel Castro Novoa
Ilich Felipe Corredor Carvajal
Melba del Pilar González Barrera
Camilo Andrés Torres Méndez
Paulo César Ospitia Roza
Hernando Aníbal García Dueñas
Hernando Barreto Ardila
Diana Marcela Romero Baquero

Grupo de apoyo

Lina María Eusse Torres
Jorge Ricardo Sarmiento Forero
Ingrid Apolinar Ulloa

Oficina de Comunicaciones Corte Suprema de Justicia

Claudia Fonseca Socha
Jefe Oficina de Comunicaciones
Daniel Antonio Ocampo Moreno
Jairo Valderrama Valderrama

AUTOR CORPORATIVO

COORDINACIÓN Y EDICIÓN GENERAL

Secretaría Técnica del Comité Editorial:

Karen Liseth Lobo Pedraza

**Directora Nacional de Promoción y
Divulgación de los Derechos Humanos**

• • •

EVML

Diseño y diagramación

EVML

Diseño de portada

Jairo Valderrama Valderrama

Corrección de estilo

Fotografías

Banco de fotos de la
Defensoría del Pueblo

Impresión

Imprenta Nacional de Colombia
Impreso en Colombia

*Este documento debe citarse así: Defensoría
del Pueblo, Corte Suprema de Justicia y
Centro de Estudios en Derechos Humanos
[2024] Cartilla: Abuso y Violencia Sexual
Infantil, Explotación Humana y Discurso de
Odio*

Esta publicación fue posible gracias al apoyo
de la Corte Suprema de Justicia y el Centro
de Estudios en Derechos Humanos. Las
opiniones expresadas en este documento son
responsabilidad exclusiva de sus autores y no
representan necesariamente los puntos de vista
de Nombre de la Entidad Cooperante o Aliada.

ABUSO Y VIOLENCIA SEXUAL INFANTIL, EXPLOTACIÓN HUMANA Y DISCURSO DE ODIO

SALA DE CASACIÓN PENAL

Cartilla

• • •

2024

Defensoría del Pueblo

PRESENTACIÓN DEL EX DEFENSOR DEL PUEBLO



Carlos Carmargo
Ex Defensor

En desarrollo del Memorando de Entendimiento¹ celebrado entre la Honorable Corte Suprema de Justicia y la Defensoría del Pueblo, es muy grato presentar esta nueva edición de la Cartilla de la Sala de Casación Penal año 2024.

Las cartillas de cada una de las salas de casación comportan un esfuerzo mancomunado entre dos entidades públicas notoriamente comprometidas con la prevención, promoción, divulgación y efectiva protección de los derechos humanos², al tiempo que constituyen una manifestación concreta del mandato

de colaboración armónica consagrado en el artículo 113 de nuestra Carta Política.

Indiscutiblemente, la función de casación penal a cargo de nuestra Corte Suprema de Justicia más allá de la administración de justicia de las diversas conductas que comportan una infracción al ordenamiento penal, se enmarca en la protección de los derechos humanos, al ser uno de los instrumentos procesales con mayor vocación de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 CP).

Es así que, de acuerdo con el artículo 235 de la Constitución, la función de casación está inmersa en el acceso a la administración de justicia, al tener como fin garantizar la coherencia del ordenamiento jurídico mediante la unificación de criterios de interpretación de la ley y, por esa vía, materializar los derechos humanos. En ese sentido, la garantía constitucional de acceder efectivamente a la justicia a través del recurso extraordinario de casación como último remedio para enmendar y evitar errores de aplicación judicial, constituye un derecho de las personas que la Corte Suprema de Justicia ha ejercido en clave de protección de los derechos humanos.

¹ Celebrado el 22 de marzo de 2023.

² 2 Artículo 282 Constitución Política.

Así, al adentrarnos en el estudio de la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal es factible concluir que, desde la expedición de la Constitución de 1991, al margen de la política criminal del Estado, la casación se ha caracterizado por constituir un control judicial para la efectiva protección de los derechos humanos. Esto es especialmente visible en las sentencias recopiladas en esta edición de la cartilla, las cuales versan sobre tipos penales que atentan contra sujetos vulnerables o de especial protección constitucional, como lo son los niños, niñas y adolescentes cuando quiera que son víctimas de violencia o marginación a través de conductas que el ordenamiento jurídico contempla en guarda de bienes jurídicos protegidos de la mayor relevancia.

En ese contexto, este nuevo volumen de la cartilla se circunscribe al análisis de una recopilación seleccionada de providencias en las que se desarrollan tres ejes temáticos orientados a la protección de los derechos a la dignidad humana (art. 1 CP), la vida (art. 11 CP), la libertad (art. 13 CP), los derechos de los niños, niñas y adolescentes (arts. 44 y 45 CP), la salud (art. 49 CP), entre otros, esto es: (i) el tráfico de migrantes, la trata de personas y el tráfico de niñas, niños y adolescentes,

(ii) la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el proceso penal, y (iii) el discurso de odio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Cabe recordar que el artículo 41³ de la Constitución nos ordena divulgar la Constitución. Precisamente por ello, el objetivo principal del estudio de materias especialmente sensibles como estas, reside en continuar acercando a la ciudadanía a las decisiones judiciales a través de textos que faciliten la comprensión de sentencias jurídicamente complejas, las cuales con la colaboración de la Defensoría del Pueblo de forma simplificada se ponen a disposición de toda la sociedad, como instrumento de fortalecimiento y de divulgación para la efectiva protección de los derechos de los niños, niñas, adolescentes, comunidades indígenas, así como de otros sujetos de especial protección constitucional.

En las providencias compendiadas el lector corroborará que la Sala de Casación Penal en cumplimiento de su misionalidad ha interpretado el alcance de los delitos desde una perspectiva garantista que materializa los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia⁴.

Solo me resta entonces expresar agradecimiento a todos los funcionarios de la Defensoría del Pueblo y de la Corte Suprema de Justicia que de manera coordinada y en cumplimiento de nuestro Estado social y democrático de derecho⁵ participaron en la construcción de este continuo espacio de análisis y reflexión.

³ “Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución.”

⁴ Artículo 93 Constitución Política.

⁵ Artículo 1 Constitución Política.

PRESENTACIÓN PRESIDENTE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA



Gerson Chaverra Castro

Presidente Corte Suprema de
Justicia

Para el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria es un gran honor contribuir eficientemente en la ardua tarea de administrar justicia y, a su vez, fomentar escenarios pedagógicos para la sociedad colombiana e, incluso, para los actores internacionales, en aras de acceder, de manera fácil, oportuna y con un lenguaje cercano, a las principales reglas y subreglas jurisprudenciales de las Salas de Casación Civil, Agraria y Rural, Laboral y Penal. Con ese propósito, el memorando de entendimiento celebrado el 23 de marzo del 2023 con la Defensoría del Pueblo nos permite persistir en el fortalecimiento organizacional y el rela-

cionamiento interinstitucional, con miras a compilar, publicitar y difundir aquellos fallos relevantes que han sido proferidos por esta corporación en materia de protección de derechos humanos y garantías constitucionales.

Desde esta perspectiva, la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia, en el marco del XXVII *Encuentro de la Jurisdicción Ordinaria*. Los desafíos de la justicia en los territorios (29 y 30 de agosto en la ciudad de Quibdó), presenta el segundo volumen del libro titulado, ***EL CAMINO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JUSTICIA ORDINARIA. ENFOQUE DIFERENCIAL***, que, junto con las cartillas en materia civil; laboral y seguridad social; penal, y medioambiente, aborda temas de gran impacto social y jurídico, permitiendo la democratización del conocimiento, la transparencia judicial, la educación jurídica y, también, la comprensión de los sistemas jurídicos diversos de acuerdo con los estándares internacionales, que nos convierte en referente para otros tribunales en el mundo.

Continuando con tan loable propósito, en esta oportunidad la Sala de Casación Penal presenta su segunda publicación *Abuso y violencia infantil, Explotación humana y discurso de odio*, en la que se aborda, de manera pedagógica, con cimiento en la jurisprudencia

cia de esta corporación, el estudio profundo de los comportamientos delictivos de gran impacto en los derechos humanos, de dramática actualidad, además, enfocados en poblaciones altamente vulnerables. Entre estos, se cuentan los niños, niñas y adolescentes a quienes se les hace sujetos de actos violentos o abusivos, o de ambos, con los cuales se afecta su integridad y formación sexual, al igual que su vida de relación. Otra práctica es el tráfico humano, que tiende a la cosificación y explotación de las personas, anulando su dignidad y autonomía. Finalmente, en el discurso de odio, están las manifestaciones de aversión y antipatía expresadas en contra del otro, que compromete, entre otras prerrogativas, la condición de igual solo por el hecho de ser persona.

En ese contexto, la cartilla tiene como finalidad sensibilizar a la sociedad frente a los actos criminales de tal índole y al daño que en cada caso particular se promueve, para dotar

a las autoridades de los elementos, criterios y herramientas con los cuales decanten una política criminal de protección efectiva y un material respecto de las víctimas, para construir una sana convivencia, armónica, regida por el permanente respeto al otro.

La divulgación legal, amplia y pertinente de los asuntos que cada día suscitan las inquietudes de los ciudadanos siempre entrañará una de las prioridades de la Corte Suprema de Justicia y de la Defensoría del Pueblo. Por ello, la compilación cuidadosa de las sentencias que aquí se exponen, de manera abierta para el público interesado, converge en un material de gran utilidad para todos los ciudadanos. Compartir las disposiciones de la jurisprudencia en cada ámbito del derecho alienta la confianza en las determinaciones del Estado, sobre todo cuando estas se presentan a la mano de quienes desean profundizarlas, cumplirlas y defenderlas.

PRESENTACIÓN PRESIDENTE SALA DE CASACIÓN PENAL



Diego Eugenio Corredor Beltrán

Presidente Sala de Casación Penal

La dignidad humana, entendida como valor, principio constitucional y derecho fundamental, se sustenta sobre la consideración del hombre como un fin en sí mismo y no como un medio para que otros realicen mediante él objetivos que le son ajenos, de ahí que cuando la vida del ser humano no se regula bajo la égida de la dignidad humana, la persona queda expuesta a la instrumentalización o cosificación de su existencia.

El respeto a la dignidad humana se expresa a través de la consagración de otros derechos y garantías constitucionales fundamentales que son inherentes al ser humano, tales como la li-

bre autodeterminación, la autonomía e integridad personal, la libertad, la igualdad, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, entre muchas otras garantías que, cuando se trata de nuestros niños, niñas y adolescentes, resultan prevalentes y gozan de especial protección constitucional.

En esta obra se realiza un recorrido por los desarrollos normativos consagrados en el ordenamiento penal y jurisprudenciales de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno a los delitos de tráfico de migrantes, trata de personas, tráfico de niñas, niños y adolescentes, hostigamiento y de las conductas que atentan contra los derechos a la integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes.

En esta oportunidad optamos por el estudio de los referidos delitos, dadas sus similitudes sustanciales. En efecto, en primer lugar, se trata de conductas atroces y pluriofensivas que vulneran los derechos y garantías esenciales e inalienables del ser humano, en tanto, lesionan de manera grave y profunda la dignidad humana, mediante diversas prácticas y modalidades.

Además, son comportamientos que exponen a la víctima a situaciones de riesgo, vulnerabilidad, debilidad y discriminación, frente al resto

de la población, que generan un impacto trascendente en las distintas esferas de la persona -física, psicológica, social, familiar, laboral, económica-; más aún cuando se cometen en contra de los niños, niñas y adolescentes.

Por último, se trata de fenómenos criminales que han tenido un crecimiento alarmante en los últimos años, como consecuencia de las más variadas realidades sociales, económicas, culturales, entre otros factores, lo que exige que todas las autoridades públicas, desde nuestros distintos roles y competencias, redoblemos los esfuerzos para su investigación, judicialización y sanción.

En este contexto, en el primer capítulo, titulado “El tráfico de Migrantes, la Trata de Personas y el Tráfico de Niñas, Niños y Adolescentes”, se realiza un estudio particular de cada una de estas conductas, a partir de la identificación de sus elementos, características, similitudes y diferencias.

En el segundo capítulo, titulado “La protección de los niños, niñas y adolescentes contra el abuso y la violencia sexual infantil”, se analiza el contenido y el alcance de las disposiciones legales previstas en el ordenamiento

jurídico colombiano, dirigidas a sancionar penalmente las infracciones cometidas contra la integridad y la formación sexuales de los niños, niñas y adolescentes, y se caracterizan algunos desarrollos jurisprudenciales específicos relacionados con su testimonio cuando concurren como víctimas y la protección de sus derechos en el proceso penal.

Por último, en el capítulo tercero, que se titula “Discurso de odio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, se realiza un análisis normativo, dogmático y jurisprudencial sobre el delito de hostigamiento.

Esperamos que esta obra realizada con esmero, dedicación y rigor se constituya en una herramienta de consulta en los distintos escenarios jurídicos, educativos y sociales, con el propósito de que se conozcan estos fenómenos criminales y la manera como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, a través de su jurisprudencia, ha cumplido con la obligación y el compromiso de defender y hacer prevalecer los derechos humanos, en especial, de quienes gozan de especial protección constitucional.

CONTENIDO

Capítulo 1.

El tráfico de migrantes, trata de personas y el tráfico de niñas, niños y adolescentes **16**

Capítulo 2.

La protección de los niños, niñas y adolescentes contra el abuso y la violencia sexual infantil **30**

Capítulo 3.

Discurso de odio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia **48**

- *Instrumentos de protección* **54**

- *El delito de hostigamiento* **57**

- *Discurso de odio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* **62**

- *Conclusiones Capítulo 3* **67**

Bibliografía **68**

ABUSO Y VIOLENCIA SEXUAL INFANTIL, EXPLOTACIÓN HUMANA Y DISCURSO DE ODIO

En esta cartilla de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se desarrollan tres capítulos: (i) *El tráfico de migrantes, la trata de personas y el tráfico de niñas, niños y adolescentes*, (ii) *La protección de los niños, niñas y adolescentes contra el abuso y la violencia sexual infantil*, y (iii) *Discurso de odio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*.

1. EL TRÁFICO DE MIGRANTES, TRATA DE PERSONAS Y EL TRÁFICO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

1.1 Introducción:

El tráfico de migrantes, la trata de personas y el tráfico de niñas, niños y adolescentes son fenómenos criminales que se presentan en todo el mundo, como consecuencia de las más variadas realidades sociales, problemáticas económicas, la desigualdad, las políticas migratorias, entre otros factores.

Vistos la gravedad y los efectos de esos delitos, existe el deber ineludible para los Estados de prevenir, investigar y sancionar aquellos actos que configuran dichos reatos, así como proteger a las víctimas. Con ello, pretende garantizarse la efectividad de los derechos humanos,

con la muy especial mención a la dignidad humana.

El presente texto abordará las aludidas conductas delictivas en tres apartados. En un primer momento, se detallará el marco normativo internacional y nacional aplicable. Luego, se avanzará en un estudio particular de cada uno de los tres crímenes, para analizar las similitudes y diferencias entre los tipos penales. Finalmente, se efectuará un detenido comentario sobre el consentimiento de la víctima y las modalidades de comisión.

1.2 Marco normativo

La *Constitución Política* de 1991¹ prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos, con protección especial para los menores². Este compromiso se refuerza con las disposiciones internacionales como la *Carta Internacional de Derechos Humanos*³, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*⁴, y varias convenciones específicas sobre esclavitud⁵ y derechos de los niños⁶.

Estos tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia forman parte del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la *Constitución*. En la práctica, ello supone que tienen la misma jerarquía que las normas constitucionales y, por ello, toda persona en Colombia puede invocar su protección.

¹ Constitución Política, 1886, artículo 22.- No habrá esclavos en Colombia. El que, siendo esclavo, pise el territorio de la República, quedará libre. Constitución Política, 1991, artículo 17.

² Constitución Política, 1991, artículo 44.

³ Artículo 4. Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

⁴ Artículo 8. 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre.

⁵ Artículo 8. 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie estará sometido a servidumbre.

⁶ Ley 12 de 1991 artículo 35 Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

En ese contexto normativo, el *Protocolo de las Naciones Unidas*⁷ define la trata de personas como la captación, transporte y recepción de personas mediante coacción, fraude u otros métodos, con fines de explotación. En el desarrollo de ese marco normativo internacional, la legislación colombiana ha evolucionado para abarcar estos crímenes con mayor precisión y severidad, incorporando artículos específicos en el *Código Penal* y estableciendo penas más gravosas.

Desde el punto de vista legal, inicialmente el Decreto Ley 100 de 1980 preveía, en el Título IX, Capítulo Quinto denominado “*Del proxenetismo*”, cuatro delitos en relación con lo que hoy se conoce como el punible de trata de personas. Sin embargo, esta comprensión se limitaba a las actividades relacionadas con la prostitución y explotación sexual. Se castigaban entonces, entre otros, la inducción a la prostitución, el constreñimiento a la prostitución, la trata de mujeres y de menores, y el estímulo a la prostitución de menores.

En la versión original de la Ley 599 de 2000 (*Código Penal*), la trata de personas (artículo 215), el tráfico de migrantes (artículo 188) y el tráfico de niñas, niños y adolescentes (artículo 231) se encontraban dispersos en varios títulos del *Código Penal*. Sin embargo, en la Ley 747 de 2002⁸ el legislador (i) fusionó las aludidas descripciones normativas en el

nuevo artículo 188A, en el Capítulo Quinto relativo a los “Delitos contra la autonomía personal”, del título III “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, del libro *Segundo del Estatuto Punitivo de 2000*; (ii) incorporó⁹ el artículo 188B para incluir las circunstancias de agravación punitiva, y (iii) revocó¹⁰ los originales artículos 215 y 231 de la Ley 599 de 2000.

Más adelante, la Ley 985 de 2005 reformó el artículo 188^a. Entre otros, se modificaron los verbos rectores del delito de trata de personas; se puntualizó que por explotación debe entenderse el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio; y explicitó que el consentimiento de la víctima a cualquier forma de explotación no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

Ahora bien, tratándose de menores de edad, la Ley 1453 de 2011¹¹ incluyó un artículo 188C para reprimir el tráfico de niñas, niños y adolescentes. En este se precisa cualquier acto o transacción en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución.

Recientemente, la Ley 2168 de 2021 amplió las circunstancias de agravación punitiva del delito de trata de personas, para sancionar con mayor intensidad cuando para su comisión se someta a un niño, niña, adolescente o

⁷ Ley 800 de 2003, 13/03/2003, por medio de la cual se aprueban la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el quince [15] de noviembre de dos mil [2000].

⁸ Por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal de trata de personas y se dictan otras disposiciones, artículo 2.

⁹ Ibidem, artículo 3.

¹⁰ Ibidem, artículos 4 y 6.

¹¹ Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad

mayor de edad a la ingesta de sustancias psicoactivas. También, frente a los trayectos migratorios relacionados con la entrada o salida de niños, niñas y adolescentes de Colombia, sin el cumplimiento de los requisitos legales; y cuando se realice sobre una persona menor de dieciocho años.

1.3 Tráfico de migrantes

El artículo 188 de la codificación en mención, modificado por el artículo 1° de la Ley 747 de 2002, prescribe:

Del tráfico de migrantes. El que promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o de cualquier otra forma participe en la entrada o salida de personas del país, sin el cumplimiento de los requisitos legales, con el ánimo de lucrarse o cualquier otro provecho para sí [u] otra persona, incurrirá en (...).

En lo sustancial, el objeto de reproche de la conducta consiste en procurar la salida o el ingreso ilegal de personas al territorio nacional o desde este. Para ello, puede acudir, por ejemplo, a ingresarlas por un lugar no habilitado como puesto fronterizo o sin el sometimiento a las autoridades de control migratorio. También cuando se utilicen un pasaporte o una visa falsificados u obtenidos fraudulentamente, o cuando se ha vencido la visa de estadía o de permanencia en el territorio nacional.

Dentro de los elementos del tipo objetivo, se destaca el sujeto activo de la conducta que, según establece la jurisprudencia de la Sala de

Ese panorama normativo foráneo y nacional ilustra los esfuerzos y la permanente progresión de mecanismos para contrarrestar y sancionar lo que, desde una perspectiva amplia, pueden ser entendidas como las nuevas formas de esclavitud.

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, “puede ser realizada por un individuo sin calidad especial”¹² sin que se exija coparticipación criminal. No obstante, es posible observar que, dadas las características de la conducta y la forma en que se lleva a cabo, materialmente se requiere la asignación de labores concretas a un grupo de personas ubicadas en zonas geográficas distintas, máxime si se tienen en cuenta los verbos contenidos en el tipo, particularmente los de participación y colaboración que dan a entender que existe pluralidad de sujetos involucrados en la comisión de la conducta. Con todo, el que de cualquier forma participe no siempre se convierte en forma automática en autor.

De otro lado, el sujeto pasivo de la conducta carece de la calificación especial, y le corresponde únicamente a aquel titular del bien jurídico tutelado de la libertad individual y la autonomía de la voluntad. A la persona objeto del tráfico se le denomina migrante, sin que se prevea un número singular o plural de sujetos.

Así, desde la perspectiva de los instrumentos internacionales,¹³ con la finalidad de castigar

¹² CSJ AP996–2021, rad. 56942.

¹³ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, firmada en Palermo (Italia) el 15 de noviembre de 2000 y sus dos Protocolos Complementarios del mismo año, el primero para Prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños; y el segundo contra el Tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, adoptados en Colombia los dos primeros instrumentos por la Ley 800 de 2003.

el comportamiento del tráfico de migrantes, el momento consumativo de la conducta debe relacionarse con el traspaso ilegal de fronteras: cuando el migrante es ingresado o egresado del territorio nacional de manera irregular. No obstante, el legislador colombiano redactó la hipótesis jurídica de manera que, sin exigir que se produzca la consecuencia material de tránsito ilegal fronterizo, sanciona las actividades de promover, inducir, constreñir, facilitar, financiar, colaborar, participar, etc., encaminadas o idónea e inequívocamente dirigidas a ese resultado. Con esto, se otorgó un radio de protección más amplio a los bienes jurídicos tutelados.

Por ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha explicado que el tipo penal de tráfico de migrantes es de los llamados de mera conducta. En estos, su descripción se agota en una acción del autor, cualquiera de las descritas, con independencia de que se logre o no el fin pretendido. Por esto, según la Corte Suprema de Justicia, “no es trascendental si se logró la salida o el ingreso a la frontera sin el cumplimiento de los requisitos legales”¹⁴, así como tampoco importa cuál sea el propósito o finalidad del tránsito fronterizo (paso o establecimiento en el territorio).

De igual manera, la hipótesis delictiva se ubica en la clasificación de un tipo penal en blanco, pues el supuesto de hecho prohibido, esto es, “*el ingreso o salida de personas sin el cumplimiento de los requisitos legales*”, implica la introducción de un ingrediente normativo que no está determinado en el ordenamiento jurídico penal. Por tanto, este se remite a otra clase de disposiciones, como los decretos o resoluciones emitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁵.

De modo que, aunque el legislador estableció una serie de acciones que determinan el tipo penal de tráfico de migrantes, también dejó como complemento un aspecto de la conducta prohibida ligada a una norma extrapenal.

Tratándose del elemento subjetivo del tipo penal ya descrito, la conducta debe ejecutarse de manera dolosa y, además, debe efectuarse por parte del sujeto activo con el ánimo de lucrarse o de buscar cualquier otro provecho para sí o para otra persona obteniendo cualquier clase de beneficio.

Al respecto, ha determinado la Corte Suprema de Justicia que no es necesaria la obtención de un lucro, ni que este lo perciba el sujeto o la persona a quien se le atribuye alguna de las conductas alternativas determinadas en el tipo. Se trata más bien de un elemento que hace parte del agotamiento de la conducta, pero no de la consumación¹⁶.

De la misma forma, la Sala ha entendido que la infracción delictiva en mención se inscribe en los llamados delitos de peligro. Esto representa a aquellos que amenazan con lesionar el bien jurídico tutelado, específicamente en los de peligro presunto o abstracto en los cuales el legislador, en virtud de una valoración anticipada, considera necesaria la intervención penal en tanto la realización de la conducta prohibida representa la posibilidad de un daño efectivo para el bien jurídico tutelado. Es diferente esta situación frente al peligro concreto o demostrable, en que siempre es necesario que la actividad prohibida ocasione un resultado de peligro para el bien jurídico protegido, peligro que se predica no de la actividad en sí misma, sino de las consecuencias que de ella se derivan.

¹⁴ CSJ, 23 de agosto de 2007. Rad. 27337

¹⁵ CSJ, 10 de marzo de 2010, sentencia 32422.

¹⁶ CSJ, 10 de marzo de 2010, sentencia 32.422.

La categorización de punible de peligro abstracto implica que la sola realización de la actividad prohibida es penalmente relevante, sin que se exija verificar la producción real de una situación de riesgo para el bien jurídico. Y, aunque el legislador supone el peligro, esa presunción siempre será *juris tantum*, es decir, no corresponde a una presunción de derecho –*juiris et de jure*–, sino a una presunción legal que, por ser tal, admite prueba en

contrario y que, en punto de la ponderación de la antijuridicidad de la conducta, impone su verificación en cada caso concreto.

Finalmente, en lo referente al ámbito espacial, el delito de tráfico de migrantes comporta necesariamente un contexto internacional que supone cruzar fronteras, es decir, por lo menos un país al que se ingresa o de donde se sale sin el cumplimiento de los requisitos legales.

1.4 Trata de personas

Conducta prevista en el artículo 188A del *Código Penal* (modificado por el artículo 3° de la Ley 985 de 2005), que establece:

“Trata de Personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación incurrirá en...

Para efectos de este artículo, se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento de la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal”.

La “trata” de personas está ligada conceptualmente al comercio y traslado, como si se tratasen de simples mercancías, intercambiable

por dinero o beneficios; asimismo, se refiere a la forma de cosificar al ser humano, haciéndolo objeto de un total sometimiento, llevándolo a la restricción no solo de su libertad, sino de su voluntad o, lo que es lo mismo, a su “instrumentalización”. En este sentido, se trata de un delito de alta complejidad, puesto que incluye un conjunto de acciones encaminadas a colocar a una persona en una situación de explotación.

Este tipo penal incluye diferentes modalidades de explotación: la prostitución forzada, la esclavitud, el turismo sexual, la servidumbre, la mendicidad, los trabajos forzados, entre otras. También, para su materialización puede recurrirse a la amenaza o al uso de la fuerza, u otras formas de coacción, rapto, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios¹⁷.

Además, la descripción normativa permite establecer que la conducta delictiva comporta varias fases, que pueden materializarse de forma concurrente o cumplirse en diferentes momentos:

La captación, el traslado y la explotación. En la fase de captación, los tratantes seducen o

¹⁷ Convención de las Naciones Unidas, 1949.

persuaden a las víctimas que son movilizadas a los lugares en los cuales se les otorgaría protección o albergue. Sin embargo, en realidad, corresponden a los sitios o territorios que facilitan su sumisión o su indefensión. Por otra parte, en la etapa de explotación, la persona afectada es utilizada como instrumento para obtener un beneficio personal o de terceros, en que la víctima es sometida a condiciones de esclavitud, violencia física, emocional y psicológica impidiéndosele además moverse con libertad.

Ello quiere decir, entonces, que el delito se configura desde la captación en el país de origen, el traslado, la acogida y la recepción de la persona hasta la situación de explotación, en la que se conjuga el recibimiento de la víctima, ubicada en las condiciones en las cuales se cumplirá dicha explotación.

De esa manera, el contenido del tipo no se circunscribe ni está determinado únicamente por el resultado del proceso. En la explotación, se cubre cada una de las fases dirigidas a la obtención del resultado final. En otras palabras, el castigo sobre la trata reprime las conductas que se ejecutan durante el trayecto que transita la víctima que va a ser explotada, incluso, sin necesidad de que la explotación se produzca efectivamente para la consumación del delito. Basta, entonces, con que alguno de los verbos rectores se configure, y que se exponga a la víctima a un riesgo inminente, próximo, real y efectivo de vulneración, de manera que la condición de víctima no depende de que se cumpla la finalidad pretendida por los autores.

Este enfoque ha permitido clasificar el tipo penal como de mera conducta, porque que no es exigible el resultado de la explotación

en cualquiera de las formas descritas en la norma. La conducta es típica y se consuma con independencia de si finalmente se concretó o no el resultado, intención o finalidad de explotación de la persona.

En lo atinente al sujeto activo de la conducta, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ha indicado que no requiere de calidad especial, es decir, es indeterminado y que, además, está previsto como un delito monosubjetivo. Por esto, basta que una sola persona actúe en conformidad con los verbos rectores, aunque en la práctica se observen varios sujetos involucrados en todo el proceso de trata¹⁸, es decir, un sujeto activo puede cumplir con cualquiera de los verbos que estructuran el tipo, sin que haya un concierto delictivo.

A partir de esta perspectiva, acerca del sujeto pasivo de la trata de personas, tampoco se requiere de una calidad especial, más allá del titular del bien jurídico. Esto cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que es un delito pluriofensivo, en tanto lesiona la dignidad humana, niega el libre desarrollo de la personalidad, impide la autodeterminación, vulnera la honra, el derecho a un trabajo digno y la garantía de no ser sometido a tratos crueles¹⁹.

La conducta se encuentra compuesta por diferentes verbos alternativos: captar, trasladar, acoger o recibir personas con fines de explotación, de modo que se incurre en el delito con la ejecución de cualquiera de estos, siempre que se busque o se persiga un fin de explotación, que debe entenderse a partir de su definición:

¹⁸ CSJ, 23 de agosto de 2007. Rad. 27337

¹⁹ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Colombia UNODC, 2013.

Captar: Según la Real Academia Española, se entiende como “*atraer a alguien o ganar su voluntad o afecto*”²⁰. Un ejemplo de este verbo ocurre cuando se atrae a la víctima con engaños o con unas condiciones de vida atractivas, como el dinero.

Trasladar: Hace alusión a “llevar a una persona de un lugar a otro”²¹, sin importar el medio de movilización que podrá ser de cualquier especie. No obstante, no en todos los casos implica trata intrafronteriza, sino que puede configurarse con la transfronteriza, es decir, de Colombia hacia el exterior o del extranjero hacia el país. Igualmente, que quien traslada a la persona deberá tener una relación de dominio frente a la víctima²².

Acoger: Se refiere a suministrar refugio, albergue o techo, sin que sea relevante que la acción sea de tránsito o de destino final.

Recibir: Implica tomar o hacerse cargo de alguien que es entregado por un tercero, sea de tránsito o de destino final²³.

Este tipo penal contiene, además del ingrediente subjetivo doloso, la finalidad de explotación, la cual puede ser de variada índole, y con el sometimiento de la víctima mediante violencia física o moral, el abuso de poder, la vulnerabilidad o el engaño.

Por otro lado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia también ha explicado que la conducta de trata de personas es de carácter permanente o de tracto sucesivo, porque se prolonga durante el sometimiento de la víctima al autor; en otras palabras, mien-

tras dure la explotación. Por esto, el hecho punible no se materializa en un único acto, sino que se agota en todos los momentos en que se mantiene la situación antijurídica, y cada uno de ellos puede ocurrir en un territorio diferente.

Finalmente, en cuanto al ámbito espacial, a pesar de tener un reconocido carácter transnacional, el delito de trata de personas no requiere que la actividad ilícita traspase las fronteras del territorio nacional: en Colombia, la descripción normativa incluye la trata interna. Así, estas acciones delictivas, de captar, trasladar, acoger o recibir a una persona, pueden cumplirse dentro del territorio nacional o hacia el exterior. Dicho de otra forma, existe trata internacional y trata nacional de personas.

Además, el modelo regulatorio colombiano prescindió de que esas conductas sean llevadas a cabo por estructuras criminales, en los términos definidos por la *Convención y el Protocolo de Palermo*. Con base en ello, al comprender que la trata, como proceso, puede presentarse en diferentes momentos, este delito puede ser cometido por diversos responsables o intervenir disímiles individuos. Estos pueden actuar en el marco de una organización delictiva, o como eslabones independientes y autónomos en cada una de las fases en que el injusto se comete, en el contexto de prácticas codelincuenciales o unipersonales.

²⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 2024.

²¹ CJS SP5298-2018, 5 dic. 2018, rad. 48629, reiterada en CSJ SP1033-2024, 8 may. 2024

²² Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Colombia UNODC, 2013

²³ CSJ, 16 de octubre de 2013, rad. 39257.

1.5 Tráfico de niñas, niños y adolescentes

El artículo 188C fue adicionado al *Código Penal* por el artículo 6° de la Ley 1453 de 2011. Así se describe:

Tráfico de niñas, niños y adolescentes. El que intervenga en cualquier acto o transacción en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona o grupo de personas, incurrirá en (...). El consentimiento dado por la víctima o sus padres, o representantes o cuidadores no constituirá causal de exoneración ni será una circunstancia de atenuación punitiva de la responsabilidad penal. La pena descrita en el primer inciso se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando:

- 1. Cuando la víctima resulte afectada física o síquicamente, o con inmadurez mental, o trastorno mental, en forma temporal o permanente.*
- 2. El responsable sea pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del niño, niña o adolescente.*
- 3. El autor o partícipe sea un funcionario que preste servicios de salud o profesionales de la salud, servicio doméstico y guarderías.*
- 4. El autor o partícipe sea una persona que tenga como función la protección y atención integral del niño, la niña o adolescente.*

Esta corresponde a una modalidad de la trata de personas, pero orientada a las niñas, niños y adolescentes, en la medida en que se

instrumentaliza a la persona, se le cosifica, se le hace objeto de una transacción o venta con fijación de precio, lo que, en últimas, corresponde a una forma de explotación económica o de esclavitud de un menor.

El sujeto activo, en principio, correspondería a un individuo indeterminado. No obstante, resulta imperioso indicar que dentro de los agravantes se incluyen a los funcionarios que prestan servicios de salud o a los profesionales de la salud, servicio doméstico o guarderías con relación directa con este sector de la población del que se presume su condición de vulnerabilidad debido a su condición de minoría de edad.

Respecto del sujeto pasivo, se requiere que sea cualificado por la edad: niño, niña o adolescente (menor de 18 años), quien se convierte en la víctima y es a su vez el objeto material de la conducta delictiva.

La descripción típica incluye:

Intervenir. Significa tomar parte en cualquier acto o transacción del tráfico de un niño, una niña o un adolescente.

La transacción. Es un acto complejo, pues se deriva de un trato, convenio o negocio sobre el objeto material personal. La intervención mediante transacción se refiere a la venta, entrega o tráfico por precio en efectivo, o por cualquier otra retribución, a una persona o grupo de personas por concepto de un niño, niña o adolescente. La venta es un contrato ilícito en virtud del cual se transfiere a dominio ajeno a un menor de 18 años por el precio pactado. La entrega es la acción de poner a disposición de alguien, en este caso a un niño, niña o adolescente, por un precio en efectivo o cualquier otra retribución.

El tráfico. Se relaciona con el comercio o negociación con algo ilegal o de forma irregular, que en este caso es un menor de edad. La venta, entrega o tráfico siempre debe ser onerosa, por precio en efectivo, por un valor monetario, en dinero, en que se calcula el “precio” del individuo o mediante cualquier otra retribución, entendida como recompensa o pago, utilizando cualquier medio, como pago en especie.

La conducta se comete a título de dolo con la finalidad o interés económico. De igual modo, el consentimiento es inválido, aunque provenga de la propia víctima (niña, niño o adolescente) o de los padres, representantes o cuidadores, por recaer sobre un derecho no disponible, esto es, la libertad física e individual, máxime que se trata de un acuerdo ilícito y un derecho fundamental no negociable.

Desde este punto de vista, este delito resulta más grave cuando la víctima resulte afectada física o síquicamente, o con inmadurez mental, o trastorno mental, en forma temporal o permanente. También la gravedad se considera cuando el responsable sea un pariente cercano de la víctima, en tanto, las relaciones de familiaridad y confianza facilitan la comisión del delito; o cuando el autor, sin ser responsable directo de su cuidado, ostenta un rol funcional que le permite cercanía temporal y facilita la ideación e inicio de la actividad ilícita de comercio; los ejemplos son varios: los docentes, médicos, enfermeros, personal de atención en salud. Igualmente, se cuentan los encargados de su protección y atención integral, incluso con posición de garante, grupo que asocia a quienes se desempeñan en el servicio doméstico, guarderías y las madres comunitarias, cuidadores y tutores.

1.6 Diferencias entre el tráfico de migrantes, la trata de personas y el tráfico de niñas, niños y adolescentes

El tráfico de migrantes y la trata de personas son delitos que están relacionados y comparten algunos elementos, como el hecho de atentar contra los bienes jurídicos de la dignidad humana y la soberanía estatal, al tiempo que representan graves violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, hay diferencias significativas que para comprender mejor estas circunstancias:

De un lado, se entiende que la “trata de personas” corresponde a aquellas formas de explotación para el beneficio de un tercero, como la servidumbre, el trabajo forzado, el matrimonio con servilismo, entre otras finalidades, siempre bajo el supuesto que se afectan otros derechos humanos. Por otra parte, el tráfico de migrantes se caracteriza por el apoyo o traspaso ilegal de una o varias personas, de una frontera con fines de lucro.

En la trata de personas, el sujeto activo de la conducta busca obtener un beneficio económico o de otro orden por la explotación de la persona, en la que se crea un vínculo entre víctima y victimario, prolongado mientras dure el sometimiento. En el caso del delito de tráfico de migrantes, en cambio, el beneficio económico regularmente se logra por adelantado; con ello, el traficante asegura el provecho ilícito.

Frente a la transnacionalidad, si bien ambas conductas (tráfico de migrantes y trata de personas) se relacionan con el movimiento de seres humanos con el propósito de obtener un beneficio, el tráfico es un fenómeno únicamente transfronterizo que requiere el paso de un país a otro. Este puede ser directo o tomando a algunos países solo como tránsito. En la trata de personas, el delito puede llevar-

se a cabo, incluso, dentro de una frontera de un mismo país.

Un aspecto de igual relevancia es el consentimiento, debido a que para el caso del tráfico es usual que el migrante preste su consentimiento e, incluso, sea quien acuda al victimario para ser trasladado. De otro lado, en la trata obra por lo general la ausencia de voluntad por parte de la víctima, pues existieron factores externos, como la violencia o el engaño que facilitaron la captación²⁴.

El delito de tráfico de migrantes implica la facilitación de la entrada ilegal de una persona a un Estado del cual no es nacional ni residente. Con ello, se pretende obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro de cualquier carácter²⁵.

Finalmente, con el delito de tráfico de niñas, niños y adolescentes, la diferencia esencial con las demás conductas la constituye en los menores, precisamente, la minoría de edad, el estado de vulnerabilidad y la indefensión por razón de su necesaria dependencia en todo orden. Además, se suma la protección especial derivada de los instrumentos internacionales en relación con la obligación del Estado de brindar una protección especial a los menores de edad.

En el contexto analizado, una particular mención merece el consentimiento y las modalidades de la conducta, pues es sabido que, en las últimas décadas, la consideración de la víctima en el derecho penal ha repercutido en aspectos sustantivos y materiales de la teoría del delito.

Está también el denominado principio del daño. Según este, el derecho penal carece de legitimidad si se castigan conductas que no implican lesiones para personas distintas a

uno mismo o que sólo encierran la prevención de una inmoralidad, además de contribuir a delimitar el alcance de la teoría del bien jurídico y la lesividad en materia penal. Esto representó el abandono de criterios que imponían patrones de conducta por encima de la libertad que incumbía al sujeto pasivo; de esta manera, el análisis de sus actos adquirió cierta trascendencia para establecer si el menoscabo provino de la víctima o contó con su participación.

En ese marco, emergen dos figuras atinentes a la teoría del delito: (i) el consentimiento de la víctima y (ii) la autopuesta en peligro dolosa, también conocida como acción a propio riesgo. Es es un criterio normativo de la teoría de la imputación objetiva en el que el resultado típico no es deseado por el sujeto pasivo, sino que tan solo consiente en participar en una situación de riesgo susceptible de producirlo.

Con precisión, el consentimiento, como causal excluyente de responsabilidad penal, está previsto en el numeral 2° del artículo 32 de la Ley 599 de 2000. Esta normativa dispone que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer de este”. Este contenido explica que la aquiescencia manifestada por la víctima excluye la realización típica de la conducta punible, a pesar de que se trate del titular de un bien jurídico disponible y tenga la capacidad de comprender la acción realizada, así como de adecuarse a su comportamiento.

En la estructura típica del artículo 188 del *Código Penal* (tráfico de migrantes), a diferencia de los señalamientos para las subsiguientes conductas punibles (trata de personas y trá-

²⁴ Ibidem.

²⁵ Oficina de las Naciones Unidas Migración, 2024.

fico de niñas, niños y adolescentes), el legislador colombiano no previó que el consentimiento de la víctima constituyera causal de exoneración o circunstancia de atenuación punitiva de la responsabilidad penal.

No obstante, la jurisprudencia²⁶ de la Sala de Casación Penal ha entendido que, como la conducta de tráfico recae sobre la persona, ésta se erige en el objeto de la tal conducta. Por ende, resulta irrelevante si el migrante consiente en su ingreso o salida ilegal del país o, incluso, si es quien decididamente procura el tránsito en tales condiciones. Ello no desvirtúa el peligro al que se verá expuesto al estar en un territorio diverso al nacional, sin contar con las exigencias dispuestas para su permanencia.

Así, el consentimiento de la víctima carece de trascendencia en la configuración del delito de tráfico de migrantes. Allí, precisamente, se procura resguardar que, con el consentimiento del traficado o sin él, no se lo exponga a los peligros que implica establecerse de manera ilícita en un territorio extraño. Aunque la persona preste su consentimiento y, en la práctica, sea quien acuda al traficante para el propósito de ingreso o salida ilegal del país, no desnaturaliza su condición o estatus de víctima.

El celo del legislador para proteger a los migrantes descarta la posibilidad de excluir la antijuridicidad de la conducta con base en el consentimiento de la persona traficada, máxime si la realidad enseña los vejámenes posibles. Entre estos, están la exposición al abandono sin medios necesarios para subsistir, los abusos, maltratos, trabajo forzoso, tortura, delitos contra la propiedad, atentados contra la vida, su integridad personal, libertad sexual

y trata de personas. A estos, se ven expuestos y sometidos los migrantes irregulares que voluntariamente procuraron su ingreso al país, justamente por cuenta de esa situación de ilegalidad, que en la mayoría de los casos les impide acudir a las autoridades para obtener la protección de sus derechos.

Hallarse ilegalmente en un país diverso al propio conlleva a que el migrante se vea sometido a ostentar la condición de víctima de otros delitos en su contra, aunque en principio haya asentido en la conducta de tráfico (cosificándose así). Este escenario activa los derechos internacionalmente reconocidos a los extranjeros y refuerza la tesis de la irrelevancia del consentimiento del migrante para entender por estructurada la conducta punible.

En los delitos de trata de personas y tráfico de niñas, niños y adolescentes (en su orden, artículos 188A y 188C del *Código Penal*), el asunto resulta menos, o nada problemático, toda vez que el legislador expresamente incluyó la cláusula de no exoneración de la responsabilidad penal ante los eventos de consentimiento de la víctima o, en el caso de los menores de edad, de sus padres, representantes o cuidadores.

Este enfoque precisa cómo el contenido de este tipo de actos injustos contra la libertad personal, la autonomía y la dignidad individuales gira en torno a la relación asimétrica de dominio entre el tratante y la víctima. Ello se basa en el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra esta última, para obtener un provecho derivado de su explotación. No debe olvidarse que el supuesto consentimiento se da en un contexto de explotación humana; además, el sujeto activo, detentor del poder, se vale de la ne-

²⁶ Cfr. CSJ SP, 12 oct. 2006, rad. 25465, reiterada, entre otras, en CSJ SP, 23 ag. 2007, rad. 27337; CSJ SP, 24 oct. 2007, rad. 26597; CSJ SP, 10 mar. 2010, rad. 32422; CSJ SP, 23 jun. 2010, rad. 31357.

cesidad del sujeto pasivo, quien no lo tiene. En la clave de derechos fundamentales y en especial del respeto de la dignidad humana, si nadie puede dar su consentimiento para ser explotado, vejado o instrumentalizado, el legislador entiende que en esos casos toda concesión de ese tipo carece de validez.

Si ello es así tratándose de hechos punibles cuando las víctimas son mayores de edad, o de quienes no pueden consentir válidamente una situación próxima de explotación, con mayor razón deben aplicarse las normas cuando los sujetos pasivos son niñas, niños o adolescentes. El motivo: su falta de capacidad de autodeterminación y la situación de vulnerabilidad, aunadas a la marcada relación asimétrica respecto del sujeto activo. Por eso, la ley les otorga una condición jurídica especial que les impide de cualquier forma dar su consentimiento para ser explotados.

Tan grave y lesivo de los derechos superiores de los menores de edad es el delito de trata de personas, que el legislador con posterioridad a la Ley 985, dentro de su libertad de configuración, extrajo la específica y repudiable

acción de venta, entrega o tráfico de un niño, niña o adolescente. Dentro del tipo penal de trata de personas, e indistintamente de la finalidad con la que se lleve a cabo ese acto de comercio humano, este tipo de delitos está comprendido en la Ley 1453 de 2011, elevados a “delito especial y autónomo”, reprimido con un castigo más severo.

Al referirse la descripción típica a una modalidad de la trata de personas, cuyo sujeto pasivo es cualificado, se entiende que se instrumentaliza a la persona y se le cosifica al convertirla en objeto de transacción. Por esto, el artículo 188C del Estatuto Punitivo adicionado por la última ley citada dispuso que, para la atribución de responsabilidad penal en el tráfico de niñas, niños o adolescentes, por obvias razones no solo es irrelevante el consentimiento de la víctima menor de edad, sino el ofrecido por sus padres, representantes o cuidadores. Al recaer sobre un derecho fundamental indisponible y no negociable, como la libertad física e individual, el consentimiento se torna inválido al tratarse de un acuerdo ilícito.

1.7 Conclusión

El tráfico de migrantes, la trata de personas y el tráfico de niñas, niños y adolescentes son delitos graves que atentan contra la dignidad humana (art. 1 CP) y otros derechos fundamentales conexos, como la libertad (art. 13 CP) y los derechos de los niños, niñas (art. 44 CP) y adolescentes (art. 45 CP). Estos crímenes exigen una respuesta efectiva por parte de todos los Estados para proteger a las víctimas y asegurar el respeto a los derechos humanos.

Ante ese flagelo, que en muchas ocasiones involucra situaciones transnacionales, la *Constitución*, los tratados internacionales sobre esta

materia, así como las leyes que las desarrollan, proporcionan un marco para combatirlo. En tal sentido, para enfrentar eficazmente estos delitos se requiere una combinación de legislación robusta, la cooperación internacional, el acceso efectivo a la administración de justicia y la atención a las particularidades de cada caso para garantizar una protección efectiva de las víctimas y el respeto de sus derechos.

Un aspecto determinante sobre estos tipos penales está dado porque el consentimiento de las víctimas en estos contextos es irrelevante y no exime de responsabilidad penal a los

perpetradores. La legislación colombiana y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal refuerzan esta premisa, asegurando que la responsabilidad recaiga sobre los delincuentes, independientemente del consentimiento.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CONTRA EL ABUSO Y LA VIOLENCIA SEXUAL INFANTIL

2.1 Introducción

En el presente capítulo, se desarrollarán los estándares de protección empleados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en aquellos casos en que las víctimas en el proceso son niños, niñas y adolescentes (NNA).

Para facilitar su comprensión, el texto se divide en una organización lógica de tres partes. En la primera, se explica el surgimiento, en el derecho internacional de los derechos humanos, de las figuras del «interés superior» y «la prevalencia» de sus derechos, y la forma como se han incorporado constitucionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano. En la segunda, se presentan el contenido y el alcance de las disposiciones

legales previstas en el ordenamiento jurídico colombiano, dirigidas a sancionar penalmente las infracciones contra la libertad, la integridad y la formación sexuales de los NNA en el país. En la tercera parte, se caracterizan algunos desarrollos jurisprudenciales específicos relacionados con asuntos relacionados, como la apreciación de las declaraciones de los NNA cuando concurren como víctimas, la improcedencia de rebaja de penas a sus perpetradores, las reglas que rigen la recepción de los testimonios en cámara Gesell, las incongruencias en sus relatos y el valor de las declaraciones de los médicos, sicólogos y otros profesionales que los hayan asistido al conocer de las afrentas que hayan sufrido a sus bienes jurídicos.

2.2 El interés superior de los niños, niñas y adolescentes y la prevalencia de sus derechos: su origen en el derecho internacional de los derechos humanos y su constitucionalización en Colombia

Durante varias décadas, los asuntos que involucraban a los niños y niñas no se consideraban relevantes ni públicos. A lo sumo, se tenían como propios y exclusivos del fuero interno de las familias. Esta situación fue cambiando con las transformaciones en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que han tenido un impacto sensible en las dinámicas de constitucionalización de esos estándares dentro de cada país y, por tanto, en sus legislaciones. Ese desarrollo, en el último siglo, podría caracterizarse por tres

grandes etapas: (i) el surgimiento de instrumentos específicos, pero no vinculantes; (ii) la aparición de instrumentos vinculantes, pero no específicos y, finalmente, (iii) la aprobación de la *Convención de los derechos del niño* en 1989, el primer instrumento vinculante y específico sobre la materia.

Primera etapa. La primera vez que se positivizaron en el ámbito internacional las obligaciones a favor de los niños y niñas considerándolos como sujetos titulares de una

protección especial fue en la Declaración de Ginebra de 1924, adoptada por la entonces Sociedad de Naciones. Esta convención apareció en el contexto de los horrores de la Primera Guerra Mundial y, más que establecer la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas, definió unas cargas de responsabilidad de los adultos hacia ellos.

Este documento internacional está compuesto por cinco artículos en los que, en términos generales, se reconocen las necesidades fundamentales de los niños y las niñas, se define la preocupación por su bienestar y se reconoce su derecho al desarrollo, asistencia, socorro y a la protección. No obstante, a pesar de ser famosa por atribuírsele la máxima «primero los niños», esta declaración no fue diseñada con la intención de que mantuviera una fuerza vinculante para los Estados, aunque los países firmantes se comprometieron a incorporarla voluntariamente en sus legislaciones.

Luego, cuando se suscribió la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, se entendió que los derechos de los niños y niñas estaban protegidos implícitamente por el texto de este instrumento internacional a pesar de la inexistencia de referencias concretas a estos.

Después, en 1959, apareció una nueva *Declaración de los derechos de los niños y niñas*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que estableció como principio rector el interés superior en todo aquello que resulte más favorable para asegurar el ejercicio de sus derechos. Esta *Declaración* fue aprobada de manera unánime por los 78 Estados miembros de la ONU para ese entonces, aunque, por no ser concebida como un tratado, tampoco fue dotada de carácter vinculante. Se trata de un texto corto compuesto por 10 principios en forma de catálogo de derechos, que contienen tanto derechos civiles y polí-

ticos, como derechos sociales. Un dato relevante: ni la *Declaración de Ginebra* de 1924, ni la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959 precisaron cuándo empieza y termina la infancia.

Segunda etapa. A pesar de la promulgación, en 1948, de la *Declaración de los Derechos Humanos* (ONU) y la *Declaración americana de los derechos del hombre y del ciudadano* (OEA), tanto en el Sistema Universal de protección de Naciones Unidas como en el Sistema Interamericano de derechos humanos (SIDH) existía una preocupación por la necesidad de contar con instrumentos de derecho internacional que, a diferencia de las declaraciones mencionadas, sí consagraran obligaciones exigibles a los Estados.

Así, en ambos sistemas de protección surgieron los primeros tratados de derechos humanos. En Naciones Unidas, en 1966, aparecen el *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* y el *Pacto internacional de derechos, económicos, sociales y culturales*, que incluyeron referencias a los derechos de los niños y niñas en los artículos 24.1 y 10.3, respectivamente.

Por su parte, en el SIDH, en 1969, se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 dispuso que «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

Como puede verse, se trata de documentos generales de derecho internacional, que, aunque cuentan con fuerza vinculante y algunas referencias particulares, no tienen una regulación específica e integral sobre los derechos de los niños y niñas.

Tercera etapa. Ante el anterior panorama, en 1989, se suscribe el tratado más reconocido

sobre la materia hasta la fecha: la *Convención sobre los derechos de los niños*, que estableció con claridad el deber de regular dentro de cada país el principio del interés superior de los niños y niñas. Esta *Convención* fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. En general, el articulado del texto busca proteger y salvaguardar todos y cada uno de los derechos humanos de los niños y niñas, a partir de la concepción de que los intereses de los niños, niñas o adolescentes prevalecen sobre cualquier otro tipo de interés, incluyendo a cualquier sujeto adulto.

Esta *Convención* fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 12 de 1991 y constituyó un insumo destacado en la redacción del que sería finalmente el artículo 44 de la *Constitución Política*, que dispone lo siguiente:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede

exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás

Con el fin de delimitar el contenido y el alcance de la figura del interés superior y la prevalencia de los derechos del niño, la jurisprudencia constitucional colombiana ha incorporado los parámetros hermenéuticos del Comité de los Derechos del Niño, órgano autorizado de interpretación de la *Convención* de 1989 al ordenamiento jurídico interno. En concreto, ha hecho referencia la Observación General núm. 14, denominada “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”. Esta observación reconoce una triple dimensión del interés superior del niño, que consiste en:

a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados; es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados

en la Convención y sus protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se deba tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (favorables o desfavorables) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados parte deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que este se ha considerado para atender el interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”.

A partir de este fundamento, en Colombia se ha entendido que el “interés superior del niño” implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que las instituciones garanticen en la mayor medida posible su desarrollo armónico e integral²⁷.

La comprensión de esta figura supone el abandono de la idea según la cual los niños deben ser tratados como incapaces, para reconocerles, por el contrario, la posibilidad

de hacer parte de las decisiones que los involucren, en tanto sujetos de derechos libres y autónomos con capacidad de decidir sobre su vida y asumir responsabilidades. Al mismo tiempo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el principio del interés superior es un criterio hermenéutico que, si bien permite dar una interpretación prevalente a los derechos de los niños y niñas frente a las disposiciones del ordenamiento jurídico, “únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular”. Esto se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza *real y relacional*, es decir, que “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad” (Sentencia T-510 de 2003. En sentido similar pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-397 de 2004, T-572 de 2010, T-078 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014).

Para precisar ese planteamiento, la jurisprudencia ha diferenciado dos clases de parámetros que deben tenerse en cuenta para aplicar este principio:

²⁷ Cfr., entre otras, Corte Constitucional, Sentencias C-019 de 1993, T-290 de 1993, T-278 de 1994, T-442 de 1994, T-408 de 1995, T-412 de 1995, T-041 de 1996, SU-225 de 1998, T-514 de 1998, T-587 de 1998, T-715 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-979 de 2001, T-189 de 2003, T-510 de 2003, T-292 de 2004, C-507 de 2004, C-796 de 2004, T-864 de 2005, T-551 de 2006, C-738 de 2008, C-149 de 2009, C-468 de 2009, T-078 de 2010, T-572 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014 y T-683 de 2015.

(i) Condiciones jurídicas	(ii) Condiciones fácticas
Son aquellas pautas fijadas en el ordenamiento encaminadas a promover el bienestar infantil (principio <i>pro infans</i>).	Son las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar que rodean cada caso individualmente considerado. Por su naturaleza, imponen a las autoridades y a los particulares “la obligación de abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión

En relación con las primeras, se tienen (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección ante riesgos prohibidos (toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos); (iv) el Equilibrio y armonización con los derechos de los padres; (v) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; y (vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales. (CC T-683 de 2015).

En relación con las segundas, ha dicho la Corte Constitucional que «en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento el cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado» (CC T 442 de 1994). En otras palabras, la Corte Constitucional ha dicho que es un deber de las autoridades tener presente que deben garantizar el acceso a

unas condiciones de vida dignas y más favorables posibles en la resolución de los asuntos sometidos a su consideración. Ello supone «una verificación de los elementos concretos y particulares que distinguen a los menores, a sus familias, así como de las circunstancias concretas en las que frecuentemente se hallan presentes aspectos emotivos, culturales, creencias y sentimientos de gran calado en la sociedad», para ser ponderadas cuidadosamente en la toma de cualquier decisión.

Desde esta consideración, el principio del interés superior del niño es un parámetro de interpretación vinculante en el ordenamiento jurídico interno, con un origen en el derecho internacional que rige en los procesos de la solución de controversias en las que pueden estar comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes. A continuación, se describirá cómo ha sido entendido este principio en la definición de conductas típicas contrarias al ordenamiento jurídico que afectan los derechos de los niños, además de la aplicación en el proceso penal por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

2.3 La libertad, integridad y formación sexuales de los niños, niñas y adolescentes y su protección en el Código Penal colombiano

La *libertad sexual* ha sido definida por la Corte como el derecho de toda persona de autodeterminar y autorregular su comportamiento y vida sexual. En términos más sencillos, es la facultad de toda persona para decidir, de manera autónoma y libre, si sostiene o no un encuentro de contenido erótico sexual, con quién y en qué condiciones, sin que exista violencia, coacción, agresión, abuso o interferencias arbitrarias de terceros.

Sin embargo, ciertos grupos de personas no se encuentran en capacidad de decidir, de manera libre, consciente y autónoma, sobre su comportamiento y vida sexual, tal y como ocurre con las personas menores de catorce años (por expreso mandato constitucional y legal) y con quienes se encuentran en un estado de inconsciencia, de enfermedad mental o en incapacidad de resistir, que les impide decidir sobre el ejercicio de sus derechos sexuales.

De ahí que, en estos casos, se aluda a la *integridad* o *indemnidad sexual* como bien jurídico tutelado, que se relaciona con el derecho de la persona de no verse involucrada en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado (CSJ SP123-2018, Radicado 45868).

Además, el *Código Penal* alude al bien jurídico de la *formación sexual*, entendido como el derecho de los niños, niñas y adolescentes a gozar de un adecuado y normal desarrollo de esa faceta de su personalidad, sin ninguna interferencia, intromisión o perturbación, para que, llegado el momento oportuno, pueda disponer de su libertad sexual en forma libre y autónoma.

El *Código Penal* tipifica varios comportamientos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, los cuales fueron clasificados en tres grupos, así: (i) los delitos de violación; (ii) los delitos abusivos, y (iii) la explotación sexual; sin embargo, en esta oportunidad se considerarán las conductas que atentan contra los derechos a la integridad y formación sexual de los niños, niñas y adolescentes.

2.3.1 Los delitos de violencia sexual

El Capítulo I del Título IV del *Código Penal* tipifica los delitos que atentan contra la libertad, integridad y formación sexuales, a través del ejercicio de la violencia, así: (i) acceso carnal violento (artículo 205); (ii) acto sexual violento (artículo 206); y (iii) acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 207); comportamiento que se analizarán a continuación.

El delito de *acceso carnal violento* se encuentra consagrado en el artículo 205 del *Código Penal* de la siguiente manera: “El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”.

La conducta prohibida (realizar acceso carnal) está definida en el artículo 212 *ibidem* como la penetración del pene por la vagina, el ano o la boca, así como penetrar en la vagina o el ano con cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto. Así, por ejemplo, constituye acceso carnal introducir la lengua en la vagina, el pene en la boca,

el dedo en el ano, entre otros muchos comportamientos.

Con relación al acceso carnal por vía vaginal, la Corte ha señalado que la vagina debe ser comprendida en su estructura integral y no exclusivamente como el conducto vaginal, de modo que el delito se configura aún con la penetración incompleta, superficial o poco profunda del pene, de cualquier otra parte del cuerpo humano u objeto en la vagina, por lo que para su estructuración no se requiere acreditar huellas de desfloración en la mujer (CSJ SP, 22 de octubre de 2003, Rad. 16368; AP, 25 sep. 2013, rad. 41054; CSJ SP15513-2014, rad. 34049; CSJ SP666-2017, rad. 41948; AP3501-2023, Rad. 59285; SP992-2021, Rad. 53141).

Por otro lado, el delito de *acto sexual violento* se encuentra descrito en el artículo 206 del *Código Penal*, así: «El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años».

Por acto sexual se entiende toda acción de connotación sexual (diferente a la penetración del pene por la vagina, el ano o la boca, así como la penetración de la vagina o el ano con cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto) que comprometa zonas íntimas, sexuales o erógenas de la víctima o del victimario, sin estar circunscritas a los genitales ni a tocamientos, que, en su fase objetiva y subjetiva, se dirige a excitar o satisfacer la lujuria del actor o más claramente su apetencia sexual o impulsos libidinosos. Ello se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, dentro de los cuales, a manera meramente *enunciativa*, pueden mencionarse múltiples posibilidades de satisfacción de apetencias sexuales, como besos, tocamientos lúbricos, masturba-

ción, frotamientos, caricias o cualquier otro comportamiento apto para satisfacer el deseo sexual, mediante la estimulación de los sentidos del gusto, del tacto o de los roces corporales que implican proximidades sensibles o invasivas de las partes íntimas (CSJ AP, 27 de julio de 2009, Rad. 31715; CSJ SP123-2018, Rad. 45868; SP1863-2021, Rad. 56656; SP2894-2020, Rad. 52024; SP15269-2016, Rad. 47640; SP564-2022, Rad. 56994).

En ambos comportamientos (acceso carnal y acto sexual violentos), la violencia se constituye en el medio para lograr su ejecución, de manera que para su configuración es imprescindible que el sujeto activo ejecute actos de violencia sobre la víctima, para hacer desaparecer o reducir sus posibilidades de oposición o resistencia a la agresión que ejecuta, esto es, para subyugar y avasallar la voluntad de la víctima, en tanto, el bien jurídico vulnerado es la libertad de la persona de disponer de su cuerpo, en forma libre y autónoma, para la satisfacción de su sexualidad (CSJ SP, 4 mar. 2009, rad. 23909; SP2687-2021, Rad. 58575; SP, 13 de mayo de 2009, Rad. 29308; SP, 17 de noviembre de 2010, Rad. 33759; SP10292-2017, Rad. 48529; SP439-2018, Rad. 50493; SP4133-2019, Rad. 51518, entre otras).

La violencia, para efectos de los delitos contra la libertad sexual, se encuentra definida en el artículo 212A del *Código Penal* de la siguiente manera: «Para los 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».

Esta norma es absolutamente trascendente, porque enseña que la violencia del sujeto activo de la conducta en contra de la víctima, para quebrantar su voluntad, puede ser de variada índole (física y moral). No obstante, lamentablemente en el imaginario social la violencia sexual suele relacionarse solo con el ejercicio de la violencia física, a tal punto que se han normalizado otras modalidades o prácticas igual de siniestras. Esto, indudablemente, impacta de forma adversa en el reconocimiento de estos fenómenos delictuales, su denuncia, investigación, judicialización y sanción.

Así, la *violencia física* se ha definido como cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente para vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado (CSJ SP3993-2022, Rad. 58187; SP4814-2021, Rad. 56243; SP3216-2021, Rad. 57235; SP2687-2021, Rad. 58575; SP482-2020, Rad. 56543; SP4195-2018, Rad. 52284; SP439-2018, Rad. 50493; SP107-2018, Rad. 49799; SP666-2017; Rad. 41948, entre otras).

Por su parte, la *violencia moral* consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento, tendientes a obtener el resultado típico, que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima, que esta acceda a las exigencias del agresor, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados (SP557-2024, Rad. 57837; SP409-2023, Rad. 61671; AP2656-2023, Rad. 56699; SP4814-2021, Rad. 56243; SP2135-2020, Rad. 56474; SP9111-2016, Rad. 46454; AP6306-2015, Rad. 45730; SP5395-2015,

Rad. 43880; entre otras).

De esa manera, el sujeto activo del comportamiento puede ejercer la violencia con el uso de la fuerza física, el constreñimiento, la intimidación, la amenaza, la coacción, el chantaje, o incluso, aprovechándose de una relación de poder, superioridad o autoridad y, en general, con cualquier otro acto que someta, doblegue o quebrante la voluntad de la víctima.

Desde este punto de vista, la Corte de manera reiterada ha sostenido que en los delitos contra la libertad sexual que se ejercen mediante la violencia no es procedente abordar las calidades y condiciones de la víctima, ni mucho menos estimar si se debió haber comportado de alguna manera en aras de no facilitar la producción del resultado típico, por la sencilla razón de que la acción tendiente a doblegar la voluntad de otra persona le concierne única y exclusivamente al autor.

Así, no puede exigírsele a la persona afectada que proceda con actos de resistencia o de defensa, o que manifieste repudio o profiera palabras de auxilio para acreditar la existencia de este elemento del tipo penal (la violencia) porque el comportamiento dirigido a someterla proviene del sujeto agente y, por consiguiente, es de este último que termina siendo jurídicamente relevante. A eso se suma que el sometimiento de la voluntad de la víctima puede incluir, naturalmente, el control de cualquier reacción por parte de esta (CSJ SP, 23 sep. 2009, rad. 23508; CSJ SP, 17 sep. 2008, rad. 21691; CSJ SP12161-2015, Rad. 34514; SP036-2023, Rad. 52629; SP245-2023, Rad. 56027; CSJ SP1793-2021, Rad. 51936).

Finalmente, el artículo 207 tipifica el delito de *acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir*, dispone lo siguiente: «**El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de**

resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si se ejecuta **acto sexual diverso del acceso carnal**, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años».

Se incurre en este delito cuando el sujeto activo accede carnalmente o ejecuta un acto sexual a otra persona a la cual ha puesto (i) en incapacidad de resistir, (ii) en estado de inconsciencia, o (iii) en condiciones de inferioridad psíquica, que le impiden a la víctima comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

Como se ve, la acción se configura cuando se tipifica en el sujeto un obrar, esto es, colocar o poner a alguien en alguno de los tres estados, con el propósito de menoscabar la capacidad de autodeterminación de la víctima y así, accederla carnalmente o ejecutar actos sexuales con ella; y del sujeto pasivo, que sus condiciones físicas y funciones mentales y psíquicas sean normales, pues, cuando se trata de un estado inmanente al sujeto pasivo, que es aprovechado por el sujeto activo para la satisfacción de sus deseos lúbricos, el legislador previó un escenario diferente (acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir) (CSJ SP 20 feb. 2008, rad. 23290, SP15378-2016, Rad. 35864; SP2211-2022, Rad. 54304)

A diferencia de los delitos de *acceso carnal* y *acto sexual* violentos, en los que la violencia se constituye en el medio para lograr su ejecución, en este caso, el autor para someter, doblegar o quebrantar la voluntad de la víctima la pone en un estado que le impide comprender el trato sexual o dar su consentimiento válidamente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el sujeto activo embriaga a la víctima, o la intoxica con drogas, o le suministra

un somnífero, con el propósito de doblegar su voluntad y así accederla carnalmente o ejecutar actos sexuales.

Esa aproximación evidencia que se trata de tres conductas perfectamente diferenciables: el *acceso carnal violento* se comete cuando el autor, mediante el uso de la violencia (en el sentido ya explicado) penetra por la vagina, el ano o la boca de la víctima, así como cuando penetra la vagina o el ano con cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto. El *acto sexual violento* se ejecuta cuando el autor, mediante el uso de la violencia, ejecuta un acto sexual distinto; y el *acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir* se comete cuando el autor pone a la víctima en un estado de incapacidad y la accede carnalmente o ejecuta actos sexuales con ella.

En este punto resulta se destaca que los niños y niñas menores de catorce años pueden ser víctimas de estos delitos, eventos en los que tales comportamientos resultan más graves, precisamente, por la edad de la víctima, de acuerdo como se dispone en el numeral 4º del artículo 211 del *Código Penal* (CSJ 303-2023, Rad. 56397; SP134-2023, Rad. 52946; SP1786-2018, Rad. 42631; SP3928-2017, Rad. 48331).

Esta aclaración es trascendente, pues, lamentablemente, en no pocas ocasiones se yerra en el proceso de adecuación típica, bajo la idea errada de que todos los atentados sexuales que se cometan en contra de los niños y niñas menores de catorce años son abusivos, lo que se constituye en un evidente desafuero.

Así, por ejemplo, si el sujeto activo toma a la fuerza a un niño menor de catorce años y lo penetra con su pene por el ano, incurre en el delito de *acceso carnal violento agravado*. Si el sujeto activo toca los genitales de una niña menor de catorce años bajo la amenaza de

causarle la muerte a sus padres, incurre en el delito de *acto sexual violento agravado*. Si el sujeto activo le suministra a una niña menor de catorce años un somnífero y la accede carnalmente cuando está dormida, como consecuencia de la sustancia que le suministró, incurre en el delito de *acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir agravado*.

2.3.2 Los delitos sexuales abusivos

En nuestro ordenamiento jurídico existe una presunción de derecho que no admite prueba en contrario. Por eso, los niños y niñas menores de catorce años son incapaces, en forma absoluta, para decidir y actuar libremente en materia sexual, debido a que, por su corta edad, no tienen la madurez para comprender y afrontar el alcance y las consecuencias que pueda generar en su vida el trato sexual antes de los catorce años; por lo tanto, su consentimiento es inválido en todos los casos (CSJ SP26/09/2000 Rad. 13466, SP04/02/2003 Rad. 17168, SP11/12/2003 Rad. 18585, SP18113-2017 Rad. 49845 y SP921-2020 Rad. 50889, entre otras).

Así, la Ley ha determinado que hasta esa edad los niños y niñas deben estar libres de interferencias en materia sexual, por lo que el Estado se encuentra en la obligación de proteger su integridad y formación sexuales. De esa manera, se prohíben y castigan las relaciones que de esa índole se sostengan con ellos.

El reproche penal no reside en lesionar la voluntad del sujeto pasivo, sino en aprovecharse de la inmadurez que, se presume, es predicable a raíz de la corta edad de la persona abusada (menor de catorce años). Así, desde una perspectiva jurídico penal, se estima ineficaz toda contribución voluntaria al resultado que provenga de la víctima si tan solo concurre la calidad especial exigida por

la norma, que es la atinente a la edad (CSJ SP2650-2014, Rad. 41778; AP, 30 de noviembre de 2011, Rad. 37559).

En otras palabras, resulta absolutamente indiferente o irrelevante que un niño o niña menor de catorce años haya consentido sostener cualquier tipo de relacionamiento de tipo sexual. Para tomar esas decisiones, la ley lo tiene como una persona inmadura; de ahí que todo contacto sexual que una persona sostenga con un niño o niña menor de catorce años, inclusive con su consentimiento, es relevante para el derecho penal, en tanto, vulnera el bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexuales.

Este último aspecto es de gran relevancia porque todavía hay quienes piensan, de manera errada, que, si un niño o niña menor de catorce años acepta sostener contactos de tipo sexual, entonces la conducta es permitida. Para otros, dizque no existe delito si se cuenta con la anuencia de los padres o el representante legal del niño o la niña.

Dicho esto, el artículo 208 del *Código Penal* tipifica el delito de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años* en el que incurre quien «acceda carnalmente a persona menor de catorce años»; y el artículo 209 del mismo estatuto describe el delito de *actos sexuales con menor de catorce años* que lo comete quien «realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales».

Como se ve, la acción punible es la misma para los delitos de acceso carnal violento y acto sexual violento (realizar acceso carnal o actos sexuales diversos al acceso carnal). La diferencia radica en el medio que se emplea para cometer las hipótesis delictuales.

Así, mientras en el acceso carnal o acto sexual violentos la violencia se ejerce como un medio para doblegar a la víctima del delito sexual, en el acceso carnal o en los actos sexuales abusivos con menor de catorce años simplemente se presume la inmadurez del menor ofendido, y es esa circunstancia, precisamente, la que el autor aprovecha para abusarlo sexualmente.

El carácter abusivo de estos actos deriva, entonces, de la condición biológica y psicológica del sujeto pasivo, representada en su escasa edad y por su libertad disminuida para disponer de su sexualidad. En estas condiciones, se precisan en el menor su falta de conciencia acerca de sus actos y de sus consecuencias, de la cual abusa o se aprovecha el sujeto activo. Este último, así, aventaja al niño o niña en lo corporal e intelectual, precipitándolo precozmente a unas experiencias para los que no está adecuadamente preparado.

Además, el delito de actos sexuales con menor de catorce años comprende varios comportamientos perfectamente diferenciables, así: (i) quien realice actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años; (ii) quien realice actos de connotación sexual en su presencia y, (iii) quien la induzca a la realización de prácticas sexuales.

La primera forma comisiva del delito exige que el menor sea coprotagonista del acto sexual, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que sea únicamente observador, testigo o espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan; y la última hipótesis requiere que se le instigue o persuada para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido (SP254-2024, Rad. 63613, SP250-2024, Rad. 55574; SP273-2024, Rad. 55168; SP522-2023, Rad. 54565; SP472-2023, Rad. 54481;

SP2944-2022, Rad. 57014; SP1492-2022, Rad. 47319; SP1867-2021, Rad. 56950)

En este punto, merece especial mención el cada vez más común fenómeno criminal denominado como “*child grooming*”, que hace referencia al contacto con menores de edad por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, para conseguir que éstos realicen conductas sexuales. Esta actividad puede abarcar un intercambio epistolar erótico o sexual con el niño o niña, en el que, de manera progresiva y conforme avanza el diálogo, el actor puede solicitar audios, fotos o sugerir encuentros.

Los estudios acerca de este proceso de socialización entre el adulto y el menor de edad con fines criminales de tipo sexual han identificado las siguientes fases del “grooming”: (i) *fase de establecimiento de amistad*, cuya finalidad es que el adulto confirme que ha iniciado una relación con un menor, y se asegure que se adecúa a su predilección; (ii) *fase de conformación de la relación*, en la cual el adulto, a través de las conversaciones con el niño o niña, crea la ilusión de que entre ellos existe una relación de amistad; (iii) *fase de valoración de riesgo*, en la cual el adulto pasa a preguntas dirigidas a obtener información acerca de las posibilidades de detección de su conducta por parte de los padres o cuidadores del menor; (iv) *fase de exclusividad*, en la que el sujeto activo conduce la conversación hacia temas cada vez más personales, emocionales e íntimos; y, (v) *fase sexual*, en la que el adulto conduce la conversación hacia un terreno de carácter sexual, en principio de manera implícita, pero progresivamente va derivando a intercambios explícitos focalizados en actos sexuales potenciales en el adulto o en el niño.

En Colombia, el “grooming” por sí solo y en sus fases iniciales no alcanza a constituir conducta delictiva contra la libertad, inte-

gridad y formación sexuales. Sin embargo, dicha conducta se torna delictiva cuando el “grooming” deriva en una actividad sexual reprochada penalmente, como cuando el niño o niña es inducido a realizar actividades sexuales; o cuando el sujeto activo logra contacto sexual de cualquier tipo con su víctima; o, en algunos casos, cuando se obtiene material pornográfico de parte del menor (CSJ SP086-2023, Rad. 53097; SP219-2023, Rad. 55559).

Por otro lado, el artículo 210 del *Código Penal* tipifica el delito de acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir de la siguiente manera: «El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años».

El carácter abusivo de estos comportamientos deriva, ya no de la edad de la víctima, como ocurre con los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años, sino de la incapacidad de la persona de decidir, de manera libre, consciente y autónoma, sobre su comportamiento y vida sexual, por encontrarse en un estado de inconsciencia, de enfermedad mental o de incapacidad de resistir, del cual se aprovecha el sujeto activo para la satisfacción de sus deseos lúbricos. Por eso, el bien jurídico tutelado es la integridad sexual de quien no tiene capacidad y autonomía para determinar su comportamiento en dicho ámbito.

Para aclarar estas precisiones, la diferencia entre el delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (artículo 207) y acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir (artículo 210) radica en que el primero sanciona a quien

accede o realiza un acto sexual diverso en persona a la cual ha puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica; en tanto, el segundo sanciona a quien accede o realiza un acto sexual diverso aprovechándose de una persona que se encuentra en estado de inconsciencia, o que padece trastorno mental o que está en incapacidad de resistir. Es decir, en el primer caso, el sujeto activo realiza actos dirigidos a poner a la víctima en el estado de incapacidad, mientras que, en el segundo, se aprovecha o abusa del estado de incapacidad en el que la víctima se encuentra.

En este punto, es fundamental especificar que los niños y niñas menores de catorce años también pueden ser víctimas de este atentado, porque no se abusa de la inmadurez del niño o niña por su edad, sino por encontrarse en una condición de incapacidad, producto de un estado de inconsciencia, trastorno mental o incapacidad de resistir; en esos casos, el comportamiento se agrava por la edad de la víctima, según el numeral 4º del artículo 211 del *Código Penal* (CSJ 303-2023, Rad. 56397; SP134-2023, Rad. 52946; SP1786-2018, Rad. 42631; SP3928-2017, Rad. 48331).

Así, por ejemplo, incurre en el delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir agravado quien acceda carnalmente a una niña menor de catorce años que se encuentre en un estado de inconsciencia, por embriaguez.

2.3.3 De la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes

En el capítulo IV del Título IV del *Código Penal* se encuentran los delitos relacionados con la explotación sexual de los niños, niñas y adolescentes, a través de los cuales se castiga a todos los que intervienen en la cadena de

explotación sexual de los menores de edad, abarcando a quienes proporcionan servicios sexuales con menores de edad o sirven para tal fin (incluidos los intermediarios), como a aquellas personas que demandan la actividad.

A este grupo de tipos penales pertenecen los siguientes delitos: *(i)* proxenetismo con menor de edad (artículo 213A); *(ii)* estímulo a la prostitución de menores (artículo 217); *(iii)* demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años (artículo 217A); *(iv)* pornografía con personas menores de 18 años (artículo 218), *(v)* turismo sexual (artículo 219), y *(vi)* utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años (artículo 219A).

Así, tratándose de aquel sujeto activo que promueve de alguna manera la explotación sexual de menores se sanciona: (a) Al que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organiza, facilita o participa de cualquier forma de comercio carnal con menores (artículo 213A C.P.); (b) Al que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre menores de edad (artículo 218 C.P.); (c) Al que destina, arrienda, mantiene, administra o financia inmueble para la práctica de actos sexuales con menores de edad (artículo 217 C.P.); (d) Al que utiliza o facilita cualquier medio de comunicación para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con menores (artículo 219A C.P.); y finalmente, (e) Al que dirige, organiza o promueve actividad turística que incluya la utilización sexual de menores (artículo 219).

Acerca de aquellos sujetos activos que demandan servicios sexuales con menores de edad, se castiga a quien: (a) Solicita o demanda realizar acceso carnal o acto sexual con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago (artículo 217A C.P.); (b) Compra, posee, porta o almacena pornografía que involucre menores; y (c) Utilice o facilite medios de comunicación para obtener o solicitar contacto o actividad sexual con menores (artículo 219A C.P.).

De manera particular, el delito de proxenetismo con menor de edad se encuentra descrito en el artículo 213A de la siguiente manera: «El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organice, facilite o participe de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de otra persona menor de 18 años, incurrirá en prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años y multa de sesenta y siete (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes».

Este delito proscribire y castiga a quien, con ánimo de lucro propio o de un tercero o con el propósito de satisfacer las pretensiones lujuriosas de otro, organice, facilite o participe del comercio o de la explotación sexual de una persona menor de 18 años, al margen de que se consumen las prácticas sexuales con ella, porque se trata de un tipo de mera conducta que no exige la realización de un resultado concreto o específico (CSJ SP164-2023, Rad. 53259; SP1653-2019, Rad. 47323).

La consagración de los verbos alternativos (organizar, facilitar o participar) habilita reprimir las acciones que involucren cualquier clase de atentado a la sexualidad de los menores de 18 años, ya sea la realización de conductas constitutivas de acceso carnal o de actos sexuales diversos, por variados medios o con el uso de indistintos instrumentos en

tales prácticas, con los enunciados propósitos de provecho o beneficio propio o ajeno, o de satisfacción lasciva (CSJ SP164-2023, Rad. 53259; AP3633-2018, Rad. 52271).

Así, por ejemplo, incurre en este delito la tía que, con el propósito de satisfacer los deseos sexuales de un amigo suyo, adelanta todas las gestiones necesarias para facilitar que esta persona acceda carnalmente a su sobrina de catorce años.

Por su parte, el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad se encuentra tipificado en el artículo 217A de la siguiente manera: «El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años».

De tal ilustración legal, se extrae que incurre en este delito quien solicite o demande, directamente o a través de un tercero, el acceso carnal o actos sexuales con una persona menor de 18 años, a cambio de pago o promesa de pago en dinero, especie u otra retribución; así, la conducta se consuma con la sola propuesta o solicitud de servicios sexuales, de suerte que no es relevante si la persona accede a ella o no.

La Corte de manera reiterada ha señalado que el delito no prevé para su configuración la necesidad de una red criminal dedicada a la prostitución infantil en la cual surja la promesa retributiva, ni se restringe a las actividades de conglomerados mercantiles, de manera que dicha conducta puede perpetrarse, también, en el marco social y familiar (SP484-2023, Rad. 55366; SP5492-2019; Rad. 49156; AP4702-2019, Rad. 55064;

SP2444-2018, Rad. N° 48734; AP7104-2017, Rad. 50416; CS SP15490-2017, Rad. 47862; AP2172-2015, Rad. 45708; AP, 4 de julio de 2013, Rad. 40867).

En el mismo ejemplo anterior, incurre en este reato el amigo que le solicita a la tía acceder él carnalmente a la menor, a cambio de una suma de dinero.

La comparación general entre los delitos de *proxenetismo con menor de edad* y *demandas de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad* arroja como resultado una diferencia trascendente: el primero castiga a aquella parte de la cadena que se ocupa de promover o posibilitar de alguna forma la explotación sexual de menores, en tanto que el segundo sanciona a quien demanda los servicios sexuales con menores, mediante pago o promesa de pago.

Con respecto a la promoción de estos delitos, la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años se encuentra descrito en el artículo 219A de la siguiente manera: «El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años».

Este tipo penal pretende sancionar a quienes buscan obtener favores sexuales con menores de edad y, así mismo, a quienes actúan como intermediarios o prestadores de tales activi-

dades si se han valido de cualquier medio de comunicación para conseguir tan perversos fines, dentro de un contexto de explotación sexual (CSJ SP, 14 de agosto de 2012, Rad. 39160; SP2348-2021, Rad. 49546)

En este punto, se destaca la diferencia entre el delito de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años y la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años. Para que se configure el primero, en la solicitud de la actividad sexual ilícita por parte del agente (sin importar el medio a través del cual se solicite), debe mediar el *«pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza»*. Por el contrario, dicho elemento no aparece en el segundo delito, cuya conducta principal es utilizar o facilitar medios de comunicación para obtener o solicitar contacto o actividad sexual con personas que no han alcanzado la mayoría de edad.

Por su parte, también hay diferencia entre el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años y el reato de proxenetismo con menor de edad. En el primero, se sanciona el mismo tipo en ambos extremos de la cadena ilícita (oferente o intermediario y demandante), pero contiene una conducta principal (utilizar o facilitar cualquier medio de comunicación) no contenida específicamente en el segundo comportamiento.

Por otro lado, el delito de estímulo a la prostitución de menores se encuentra tipificado en el artículo 217 de la siguiente manera: «El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y

seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima».

Según esta descripción legal, el comportamiento está a cargo de un agente indeterminado que destina, arrienda, mantiene, administra o financia casa o establecimiento para la práctica de actividades sexuales en las que intervienen personas menores de 18 años.

El inmueble o establecimiento en el que se ejecuta la conducta relativa a la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad corresponde no de manera exclusiva a aquellos donde funcionen establecimientos de comercio, públicos o abiertos al público. En realidad, se refiere por igual a los inmuebles o establecimientos privados, como la residencia o sitio de vivienda particular, fincas de recreo, clubes privados, o cualquier recinto en el que de manera permanente u ocasional se desarrollen actividades de explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes (CSJ SP2404-2022, Rad. 51624)

A ello se suma que el tipo penal no exige que la conducta se ejecute con permanencia en un determinado espacio locativo, de manera que puede consolidarse en un solo evento, pues lo relevante es que frente al bien jurídico que es objeto de tutela, relacionado con la libertad, integridad y formación sexuales, el tipo penal constituye una respuesta al empleo de lugares que, de manera definida, inequívoca, sean destinados para tal cometido (CSJ AP1715-2018, Rad. 46581).

Finalmente, el artículo 218 del *Código Penal* tipifica el delito de pornografía con personas menores de 18 años de la siguiente manera: «El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, por-

te, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de dieciocho (18) años de edad» o que «alimiente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro».

La Corte, en la decisión SP123-2018, Rad. 45868 al explicar el alcance del elemento normativo «representaciones reales de actividad sexual» empleado en la redacción del tipo penal, expresó: «... *el ingrediente normativo de las representaciones reales de actividad sexual con personas menores de 18 años alude a la iconografía en la que participan seres humanos con edad inferior a la señalada, desarrollando conductas sexuales explícitas tendientes a producir excitación sexual*».

Sobre el alcance del tipo penal, la Corte en un principio señaló que las conductas allí descritas eran típicas a condición de que se realizaran en «un trasfondo de explotación sexual» (CSJ SP4573-2019, rad. 47234); sin embargo, a partir de la sentencia CSJ SP4235-2020, Rad. 51626, la Corte precisó que la expresión para «uso personal», incluida en el tipo penal, amplió la posibilidad de tipificar

el delito a eventos diferentes al ámbito de la explotación sexual, cuando la fotografía o la filmación se obtienen sin autorización de la persona mayor de 14 años, por constituir una forma de abuso contra el menor de edad (CSJ SP239-2023, Rad. 62461; AP1089-2024, Rad. 64047; SP1863-2021, Rad. 56656)

En consecuencia, la expresión «para uso personal» no incluye los eventos en que las fotografías, filmaciones o grabaciones son realizadas con autorización del adolescente mayor de 14 años en el libre ejercicio de su vida sexual. En este caso, el sistema jurídico nacional habilita a las personas para decidir con autonomía sobre su intimidad sexual a partir de esa edad, lo cual implica la libertad de interactuar con otros en ese ámbito conforme a los dictados de su propia voluntad.

En tal sentido, se configura el delito de pornografía con personas menores de 18 años cuando se trata de fotografiar o grabar representaciones reales de contenido sexual para uso personal respecto de menores de 14 años, quienes por presunción de derecho no pueden consentir las relaciones sexuales ni tampoco aquellos comportamientos.

2.4 Los niños, niñas y adolescentes víctimas en el proceso penal: reglas definidas por la Sala de Casación Penal

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha reconocido el interés superior del niño y niña en una triple acepción: como un derecho sustantivo, como principio interpretativo y como norma de procedimiento. Esto implica un trato preferente para garantizar su desarrollo integral y su participación en decisiones relevantes. A continuación, se exponen los principales estándares de protección:

Recepción del testimonio de menores en cámara Gesell: El objetivo es registrar la declaración de un menor sin confrontar al perpetrador, evitando su revictimización. Esto se realiza en un ambiente controlado por un profesional, generalmente un psicólogo, y sin la presencia del acusado o personas que puedan intimidar al menor. El juez y otros participantes observan a través de un espejo unidireccional o video. Es un deber de la Fiscalía

explicar este procedimiento a los menores y sus padres para asegurar su asistencia.

No es necesario que el menor recuerde la fecha: Es común que los niños no recuerden fechas exactas de los incidentes. La Corte ha establecido que la omisión de la fecha en la acusación no invalida el proceso, ya que esta información puede añadirse posteriormente. Es esencial que haya congruencia entre los hechos imputados y el delito por el cual se emite la condena para garantizar el derecho a la defensa. Este parámetro se encuentra desarrollado en las siguientes sentencias: CSJ SP414-2023, 62801; SP848-2022, Rad. 50742; AP1041-2021, Rad. 54065.

Imprecisiones en las declaraciones de niños y niñas: Las imprecisiones en los relatos de los niños y niñas no necesariamente restan credibilidad, siempre que no afecten aspectos sustanciales del caso. La identificación del agresor puede basarse en apodos o características físicas. Las declaraciones deben ser cotejadas con otras pruebas para establecer la verdad de los hechos. Esta regla es visible en la sentencia CSJ AP277-2020, Rad. 51878.

La retractación del menor en el juicio: Si un menor se retracta durante el juicio, los jueces deben investigar las razones de la varia-

ción en su testimonio. No toda retractación implica una mentira, y es necesario evaluar cuál versión tiene más soporte en el contexto de todas las pruebas disponibles. Esta regla jurisprudencial fue objeto de pronunciamiento en la sentencia CSJ SP286-2023, Rad. 57006.

No rebaja de penas para perpetradores de delitos contra menores: El legislador, dentro de su libertad de configuración normativa y con fundamento en la prevalencia de los derechos de los niños, decidió, para ampliar su ámbito de protección, prohibir expresamente en el artículo 199-7 de la Ley 1098 de 2006 conceder rebajas de pena cuando se procede contra la vida e integridad personal de un menor de edad, o cuando se lesiona su bien jurídico de la libertad, integridad y formación sexual, sin que haya lugar a diferenciar entre el allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones (CSJ AP1550-2019, Rad. 53072; SP2769-2022, Rad. 56314, entre otras).

También en el artículo 199 de la citada legislación y por las mismas razones, se dispuso la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria sustitutiva de la intramural, en aras de responder con más dureza cuando los delitos sean cometidos contra menores de edad.

2.5 Conclusión

En desarrollo de los artículos 44 y 45 de la *Constitución*, el Estado ha fortalecido su política criminal para proteger los derechos de los NNA, garantizando que sus declaraciones se recojan en un entorno seguro y que las penas para los delitos sean proporcionales a los bienes jurídicos que protegen. En esa consecuencia, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha fijado reglas jurisper-

denciales que se proponen equilibrar la protección de la víctima con los derechos de los acusados, con el compromiso prevalente de garantizar un trato basado en el respeto de la dignidad humana de los NNA en el curso del proceso penal.

3. DISCURSO DE ODIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

3.1 Introducción

Las diversas formas de violencia, así como los conflictos en las sociedades contemporáneas, han generado la necesidad de contrarrestar conductas humillantes, discriminatorias, degradantes y amenazantes que atentan, lesionan o agreden la dignidad humana. Por esta razón, en el mundo se ha adoptado una serie de instrumentos que obligan a los Estados nacionales a sancionar ese tipo de conductas y a garantizar la efectiva protección de los derechos humanos.

En el caso colombiano, la *Constitución Política* de 1991 y la legislación penal establecen

normas expresas orientadas a proteger los derechos humanos y a la tipificación de conductas que hacen apología al odio y a sancionar correlativamente a quienes las transgredan.

En el presente capítulo, se analiza la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia frente a esta específica materia, especialmente en relación con los derechos fundamentales a la dignidad humana (art 1 CP), a la igualdad (art. 13 CP) y a la libertad de expresión (art. 20 CP), de cara al delito de hostigamiento, o crimen de odio entendido en el contexto internacional.

3.2 Discurso de odio

Existe un consenso acerca de la ambigüedad del término “*discurso de odio*”, en razón a su reenvío al vocablo “*odio*”, entendido como la “*antipatía y aversión hacia algo o hacia alguien cuyo mal se desea*”, que, asimismo, es un sentimiento de condición personal, objeto de protección por el sistema constitucional mientras no trascienda para concretarse en acciones que menoscaben a otro²⁸.

La problemática surge cuando la expresión de dicho sentimiento se dirige a lesionar a grupos o a personas (debido a su pertenencia a ellos) que históricamente han sido discriminados, menospreciados, excluidos, estigmatizados en razón de su raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y

orientación sexual, entre otros. De ahí que la expresión y difusión de mensajes cuyos contenidos inciten al odio o a la violencia contra personas o grupos sociales determinados no está protegido constitucionalmente.

En un intento por definir lo que en la comunidad internacional se conoce como discurso de odio, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa, el 8 de diciembre de 2015 adoptó la *Recomendación General N° 15 relativa a la Lucha contra el Discurso de odio* y su *Memorandum Explicativo*, para elaborar un catálogo terminológico que contiene una aproximación a la definición de discurso de odio, conforme a la misma recomendación, así: “El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o

²⁸ Ibidem

más formas de expresión específicas --por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones-- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.

3.3 Dignidad humana

La dignidad humana es simultáneamente un principio rector del ordenamiento y un derecho fundamental de aplicación inmediata²⁹ que comporta tres dimensiones concretas: (i) La dignidad humana como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera); (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), y (iii) la dignidad humana como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)³⁰.

El discurso de odio contraría la tercera dimensión del principio de dignidad humana, entendido como vivir sin humillaciones, porque la humillación (criterio para la identificación del discurso de odio) conlleva a tratos desiguales o al desprecio de la persona discriminada y, además, niega ese valor intrínseco de todos los seres humanos al nacer. Así, cada *odium dictum* es un atentado contra la

Del referido catálogo, pueden extraerse los elementos esenciales sobre sus actos constitutivos: i) El fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menosprecio así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza; ii) uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto y iii) motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia.

dignidad y, en definitiva, una negación de la condición de persona y un rechazo del principio esencial del estado de derecho que es la igualdad de todos y todas³¹.

Sin embargo, la humillación a la que se alude no se corresponde con una mera opinión crítica, sino cuando ella sea susceptible de herir el honor de una persona por el sólo hecho de pertenecer o estar socialmente adscrito a él. Por ello, la protección de la dignidad humana de los integrantes debe entenderse, no como sentimiento individual que mancilla la autoestima de cada uno, sino de todos los que conforman la comunidad perjudicada con el discurso.

3.3.1 Libertad de expresión

La libertad de expresión, garantía que surge de la lucha por los derechos civiles, antecede y constituye uno de los cimientos de sistemas de gobierno democráticos, siendo la prerrogativa que corresponde al derecho de las personas “a expresar y difundir libremente el

²⁹ Artículo 85 Constitución Política.

³⁰ CSJ-STC-14881-2018, 15 nov 2018.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-909-2011.

propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa”, y a no ser molestado por hacerlo³².

Asimismo, se ha entendido que dicho derecho contiene dos dimensiones, interdependientes y de protección simultánea: una individual, en la que se materializa la facultad de comunicar el pensamiento y escoger la manera, y otra colectiva, que se entiende como la manera en que se recibe la información de parte de quien la emite.

Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha identificado algunas características esenciales de la libertad de expresión. Entre estas, están la universalidad, la protección de expresiones ofensivas y la responsabilidad del emisor, al tiempo que se ha pronunciado sobre sus límites cuando su ejercicio incita al odio y la violencia.

Sobre esto último, no hay duda, porque la relación entre el discurso de odio y la libertad de expresión no es absoluta, ilimitada o infinita. Por lo tanto, con el fin de eliminar cualquier tipo de discriminación y cierto tipo de delitos, particularmente ofensivos para los grupos vulnerables, se ha llegado a un consenso en el ámbito universal acerca de la necesidad y obligación estatal de prohibir algunos discursos que pueden catalogarse como agravantes de la dignidad humana o incitadores de la violencia por motivos discriminatorios. Por eso mismo, son incompatibles con la aludida doctrina del derecho.

Las distintas formas de expresión sobre las cuales no se activa la garantía constitucional de la libertad de expresión y que están, en consecuencia, vedados son los siguientes: La

apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo.

Estas categorías deben analizarse cuidadosamente teniendo en cuenta las definiciones precisas establecidas en distintos instrumentos con el fin minimizar el riesgo de que se incluyan, bajo su alcance, formas de expresión que sí son legítimamente acreedoras de la protección constitucional³³.

Se ha comprendido la delgada línea entre el derecho de libre expresión y el discurso de odio. Tanto es así, que no es suficiente con que se comunique una opinión negativa en relación con una persona o grupo determinado, sino que es necesario valorar el contenido del mensaje para determinar si se incita a la violencia y odio. Además, deben analizarse el contexto y las circunstancias particulares para determinar si es previsible que el mensaje de hecho incite a la violencia o al odio.

La incitación y la gravedad del discurso serán los criterios para determinar la vinculación entre el discurso de odio y la libertad de expresión, y también la prohibición del primero. Para ello, requieren identificarse las siguientes categorías: i) la conducta del orador, ii) la intención del orador, iii) un peligro probable e inminente y gravedad del discurso, que implique la valoración de: i) contexto de la expresión, ii) emisor/proponente de la expresión, iii) intención del emisor/proponente de la expresión de incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia, iv) contenido de la expresión, v) alcance y magnitud de la expresión, vi) Probabilidad de que la acción incitada ocurra.

³² Corte Constitucional, sentencia T-391-2007.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-391-2007.

3.4 Igualdad

La igualdad, como principio y derecho fundamental del Estado Social de Derecho, comprende dos facetas:

Material: El Estado debe adoptar medidas promocionales y brindar un trato favorable a los grupos vulnerables para superar desigualdades y garantizar un punto de partida equitativo.

Formal: Todos los ciudadanos deben recibir el mismo trato ante la ley, prohibiendo cualquier discriminación arbitraria.

Sobre ello, la Corte Constitucional ha definido varios criterios para distinguir situaciones que puedan llegar a otorgar tratamientos desiguales, que se relacionan con situaciones que históricamente se han asociado a grupos marginados, mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros, que han sido subvalorados o colocados en situaciones de desventaja.

Estas categorías sospechosas pueden determinarse de la siguiente manera³⁴:

1. Se refiere a las categorías prohibidas contenidas en el numeral 1° del artículo 13 de la *Constitución*.
2. Se fundan en los rasgos permanentes de las personas, los cuales son irrenunciables, pues afectan directamente la identidad personal.
3. Se dirige contra personas que han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que generan posiciones jurídicas inferiores y configuran condiciones de debilidad manifiesta por integrar grupos marginados o sujetos que gozan de

especial protección constitucional.

4. Desconocen *prima facie* un derecho fundamental; y

5. Incorporan, sin causa aparente, un privilegio exclusivo para un sector de la población, con el correlativo desmedro en el ejercicio de los derechos de las personas y grupos que fueron excluidos.

Por ello, para que se “quebrante el derecho y principio de igualdad, desde la discriminación debe constituirse [un] acto arbitrario o [una] conducta dirigida a perjudicar o a anular, a dominar o a ignorar a una persona o [a un] colectivo, con fundamento en estereotipos o prejuicios sociales o individuales, ajenos a la voluntad del afectado, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes, que lo hacen acreedor de un perjuicio o beneficio como lo serían la opinión política o filosófica”³⁵.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-909-2011.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-030-2017.

INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN

Varios instrumentos internacionales que forman parte del Bloque de Constitucionalidad (art. 93 CP) establecen el derecho a la libertad de expresión, así como sus limitaciones para prevenir la discriminación y proteger la seguridad y el orden público. Entre estos, se destacan la *Declaración universal de los derechos humanos*, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*.

De manera particular, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia ECRI³⁶ del Consejo de Europa, el 8 de diciembre de 2015 adoptó la *Recomendación General número 15 relativa a la Lucha contra el Discurso de odio* y su *Memorándum Explicativo*³⁷, documento que en su terminología (y a efecto de la Recomendación) incluye algunas definiciones útiles en la resolución de los casos.

Entre tales definiciones se traen las siguientes:

i) apología: denigración, odio o vilipendio; se

refiere al apoyo intencionado y activo cuando se produzcan tales conductas y actitudes respecto a un grupo particular de personas; ii) alienación: retirada de una persona de la sociedad en la que vive y de su compromiso con los valores de esta; iii) discriminación: trato diferenciado, por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, o por motivos de ascendencia, creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual u otras características o condiciones personales, que no tenga una justificación objetiva y razonable³⁸; iv) odio: emociones intensas e irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo³⁹; v) hostilidad: manifestación del odio más allá de un mero estado de ánimo⁴⁰; vi) incitación: declaraciones sobre grupos nacionales, raciales o religiosos que puedan crear un riesgo inminente de discriminación, hostilidad o violencia contra las personas que pertenecen a dichos grupos; vii) marginación: hacer que un grupo de personas se sientan o se queden aisladas o insignificantes y se limite así su par-

³⁶ Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia [ECRI].

³⁷ Versión traducida al español, Estrasburgo, 21 de marzo de 2016. Documento disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N15/REC-15-2016-015-SPA.pdf. pp. 15 a 17.

³⁸ RPG No 7. No menciona explícitamente la discriminación por motivos de ascendencia, credo, sexo, género, identidad de género y orientación sexual pero los motivos enumerados no son exhaustivos y las disposiciones de las RPGs se pueden aplicar, mutatis mutandis, a la discriminación por motivos de características o condiciones personales.

³⁹ Principio 12.1 de los Principios de Camdem sobre la Libertad de Expresión y la Igualdad.

⁴⁰ El informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/67/357, 7 de septiembre de 2012, apartado 44.

ticipación en la sociedad; viii) estereotipos negativos: aplicar a un miembro o miembros de un grupo de personas una creencia generalizada sobre las características de los que pertenecen a dichos grupos considerándolos a todos ellos de forma negativa sin tener en cuenta las características particulares de un miembro o miembros afectados directamente; ix) racismo: creencia de que, por motivo de la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad, el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas⁴¹; x) estigmatización: hecho de etiquetar a un grupo de personas de forma negativa; xi) trivialización: hacer que algo parezca que no tiene importancia o es insignificante; xii) grupos vulnerables: grupos que son objeto específico de discurso de odio, y que varían dependiendo de las circunstancias nacionales.

En el orden nacional, la *Constitución Política*, en su artículo 20 incorporó la *libertad de expresión*, como derecho fundamental, caracterizado por la amplitud de su ámbito de protección y evidente relación con la *dignidad humana*. Sin embargo, la libertad de expresión no es absoluta, ilimitada o infinita, pues con el propósito de erradicar la discriminación y cierto tipo de delitos, particularmente ofensivos para la humanidad, se ha alcanzado un amplio consenso en el ámbito universal acerca de la necesidad y obligación

estatal de prohibir algunos discursos que pueden caracterizarse como agraviantes de la *dignidad humana* e incitan a la violencia por motivos discriminatorios; por lo mismo, son incompatibles con la aludida doctrina del derecho.

En este contexto, la Corte Constitucional *-sentencia T-1090-2005-*, por primera vez analizó el tema de la discriminación por origen racial como «*criterio sospechoso*» e inadmisibles por el orden constitucional y la comunidad internacional, cuando en varios establecimientos de comercio (discotecas), por su condición económica y social y principalmente a su raza, negaron el ingreso de una persona de origen afrodescendiente. Al advertir la omisión legislativa para sancionar las prácticas o conductas de segregación racial conforme a la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, exhortó al Congreso de la República para que tramitara un proyecto de ley orientado a la protección ante la existencia de sucesos de discriminación.

Esos eventos dieron lugar al Proyecto de Ley 08 Senado (165 de 2010 Cámara)⁴², que si bien, en principio, tuvo por objeto *garantizar la protección de los derechos fundamentales de la población negra, afrocolombiana, raizal y palenquera* vulnerados a través de manifestaciones de racismo y discriminación racial, se extendió a la necesidad de re-

⁴¹ RPG No 7. Aunque la religión no aparece en la definición de discriminación racial en el artículo 1 del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, el comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, reconoce, a la luz del principio de interseccionalidad, el discurso de odio se extiende al discurso “dirigido contra las personas pertenecientes a determinados grupos étnicos que profesan o practican una religión distinta de la mayoría, por ejemplo las expresiones de islamofobia, antisemitismo y otras manifestaciones de odio similares contra grupos etnorreligiosos, así como las manifestaciones extremas de odio tales como la incitación al genocidio y al terrorismo”. Recomendación General No 35 sobre la Lucha contra el discurso de Odio Racista, CERD/C/GC/35, 26 de septiembre de 2013, apartado 6.

⁴² Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 08 de 2010 Senado – Gaceta del Congreso 799 de octubre 22 de 2010.

formar el *Código Penal*, con el propósito de *ampliar el espectro de la ley para combatir otras formas manifestaciones del problema*, y no sólo el racismo en contra de las personas negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras.

En respuesta, el legislador profirió las Leyes 1482 de 2011⁴³ y 1752 de 2015, que tipifican

los delitos de actos de discriminación y hostigamiento. Estas normas amplían la protección a varios grupos vulnerables y definen el delito de hostigamiento como la promoción o instigación de actos que causen daño físico o moral por razones de raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología, orientación sexual o discapacidad.

⁴³ Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones.

EL DELITO DE HOSTIGAMIENTO

El artículo 134B del *Código Penal* dispone lo siguiente:

Artículo 134B. Hostigamiento. El que promueva o instigue actos, conductas o comportamientos constitutivos de hostigamiento⁴⁴, orientados a causarle daño físico o moral a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses y multa de diez (10) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, salvo que la conducta constituya delito sancionable con pena mayor.

Parágrafo. Entiéndase por discapacidad aquellas limitaciones o deficiencias que debe realizar cotidianamente una persona, debido a una condición de salud física, mental o sensorial, que al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás.

Este tipo penal tiene por finalidad proteger

a las personas que son víctimas de conductas de persecución y acoso, con ocasión de factores relacionados con la raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, o debido a la etnia, la religión o la ideología política o filosófica. Se trata de un tipo penal que tiene trascendencia desde la afectación de una persona o grupo que se ubica en un contexto especial, derivada de esas condiciones particulares. Es decir, en el caso de hostigamiento, el sujeto pasivo tiene tanto una dimensión individual como una dimensión colectiva, en tanto se ejecuta en contra de una *persona, grupo de personas, comunidad o pueblo*.

La Sala Penal, en armonía con la jurisdicción constitucional, encuentra que el tipo penal de hostigamiento es un *delito de peligro abstracto*, porque se perfecciona cuando se impulsan o fomentan los actos que genera el *riesgo comunicativo* que se penaliza a través de la ley, debido a la idoneidad y potencialidad de producir perjuicio físico o moral, y no cuando se realizan los actos constitutivos del hostigamiento, ni cuando se materializa el daño que se persigue a través del delito⁴⁵. Además, el delito de hostigamiento se enmarca como un tipo penal antidiscriminatorio, que persigue eliminar los fenómenos criminales que atentan contra la igualdad, la dignidad humana; esta prohibición se en-

⁴⁴ Corte Constitucional Sentencia C-091-2017, subrayado declarado inexecutable por vaguedad en la licitud.

⁴⁵ CSJ SPI12-2019, 30 ene, rad. 48388.

cuentra en las normas constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos⁴⁶.

En consonancia con la precedente jurisprudencia constitucional, que alindera el delito de hostigamiento previsto en el 134 B de la Ley 599 de 2000, la Corte Suprema de Justicia destaca los elementos básicos de la estructura de este tipo penal⁴⁷.

i) Pluralidad de bienes jurídicos tutelados

La Sala Penal señala que en ocasiones el tipo penal comprende más de un bien jurídico, como ocurre con el delito de *secuestro*, en que, aparte de la privación de la libertad, entra en juego el bien jurídico de la propiedad y de la libertad, cuando se solicita dinero a cambio del rescate de la persona secuestrada. Es decir: una conducta puede lesionar, al mismo tiempo, varios bienes jurídicos⁴⁸.

ii) Carácter pluriofensivo

El delito de hostigamiento, según la Sala Penal, se caracteriza porque: i) de manera directa menoscaba la dignidad humana (valor fundante del Estado Social de Derecho, por ende, transversal a todos los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por el constituyente) y la igualdad, en sentido formal y material (a través de la proscripción de escenarios catalogados como sospechosos, y de los cuales sea dable presumir la discriminación por afectar a la parte débil en las relaciones asimétricas de poder); y ii) la vida, comprendida en un senti-

do amplio como vida en condiciones dignas, y la integridad personal, valores esenciales que también se afectarían de llegar a concretarse la fase de agotamiento del delito, porque los actos promovidos o instigados están encaminados a causar daño físico o moral. De modo que, pese a su ubicación en los delitos contra la vida y la integridad personal, el delito de hostigamiento es de naturaleza intermedia (mediata), pues los intereses superiores que de forma directa (inmediata) se protegen son la dignidad humana y la igualdad; esta última, en su faceta de no discriminación.

iii) Sujeto activo

El artículo 134B del *Código Penal* acuña la siguiente expresión: “el que, esto es, se trata de un tipo penal mono subjetivo, pues para su configuración basta un solo sujeto, lo que no descarta las diversas formas de autoría, coautoría y participación criminal, e indeterminado o común”. Con ello, no se requiere de cualificación para la realización de la conducta; dicho de otra forma: cualquier persona puede incurrir en el delito, siendo la condición de servidor público, tan sólo una circunstancia de agravación punitiva contenida en el art. 134 C numeral 3º ibidem.

iv) Sujeto pasivo

En el delito de hostigamiento, el bien jurídico posee una esfera “individual o mono subjetiva” cuando se refiere “a una persona”, y otra “colectiva o plurisubjetiva” al señalar a “grupo de personas, comunidad⁴⁹ o pueblo”⁵⁰. En todo caso, el sujeto pasivo es “cualificado”,

⁴⁶ CSJ AP6786-2017, 11 oct., rad. 44884.

⁴⁷ CSJ SP1245-2015, 11 feb., rad. 42724.

⁴⁸ CSJ SP112-2019, 30 ene, rad. 48388.

⁴⁹ Dentro de las acepciones que la RAE incorpora en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española (<http://dle.rae.es/?id=A5NKSvV>), se explica que ella se corresponde al «conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes».

⁵⁰ Ib., <http://dle.rae.es/?id=UZpGOPN>. Término más amplio que denota al «conjunto de personas de un lugar, región o país».

en la medida en que la o las personas y demás colectivos enunciados pertenecen a grupos tradicionalmente permeados por “criterios sospechosos de discriminación”, y que la misma norma establece a través de un sistema de *numerus apertus*: si bien, en principio, se establecen ciertas categorías como raza, etnia, religión, nacionalidad, ideologías política o filosófica, orientación sexual o discapacidad, termina con un reenvío a las “demás razones de discriminación”.

Si lo perseguido por una *ley antidiscriminación*, como la que se incluyó en el *Código Penal*, es erradicar aquel fenómeno atentatorio de la igualdad y la dignidad humana, solo pueden ser objeto de protección quienes, por efecto de negativos patrones estereotipados, de manera directa sufren en las relaciones sociales de poder. Por esta razón, la norma penal establece que los actos deben estar orientados a causar daño físico o moral a “una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, sean por razón de su raza, etnia, religión, nacionalidad, ideología política o filosófica, sexo u orientación sexual o discapacidad y demás razones de discriminación”.

La Corte explica la “discriminación” como fenómeno sociológico, al indicar que “se trata de una violencia ejercida por grupos humanos en posición de dominio, que, consciente o inconscientemente, establecen y extienden preconceptos negativos contra otros grupos sociales determinados⁵¹, que dan por resultado la exclusión o marginación de las personas que conforman a estos últimos”. Es

una relación social en la que un grupo, con capacidad de ejercer alguna o varias formas de dominio (económica, política, cultural), minimiza a otro grupo social, colocándolo en una situación de desigualdad y opresión. Es ese desarrollo afflictivo se toma algún rasgo característico del grupo excluido, que se utiliza para construir estereotipos prejuicios de inferioridad, inmoralidad o peligrosidad. La “xenofobia, el racismo, la misoginia, la homofobia, el clasismo” pueden ser todas consideradas formas de discriminación, basadas respectivamente en el origen étnico, el color de piel, el género, las preferencias sexuales o la condición social⁵².

v) Elementos constitutivos de la conducta

El comportamiento típico descrito en el art. 134 B del *Código Penal* gira en torno a dos núcleos rectores: “promover o instigar”. Por esta razón, debe entenderse que se trata de un tipo penal “compuesto disyuntivo”, pero además “de acción”, que prevé una conducta positiva que determina una variación en el mundo exterior, vale decir, un hacer penalmente relevante. Los verbos transitivos, en su acepción más elemental, respectivamente significan: impulsar el desarrollo o la realización de algo, e inducir a alguien a una acción, generalmente considerada como negativa⁵³.

La ilicitud contiene una característica especial, la necesaria presencia de otra u otras personas⁵⁴ (objeto material personal sobre el cual recae física y directamente la acción

⁵¹ Estos prejuicios frecuentemente van acompañados por conductas de desprecio u odio que en muchas ocasiones llegan a poner en riesgo la integridad física de quienes son discriminados.

⁵² Salazar Ugarte, Pedro y Gutiérrez Rivas, Rodrigo, *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones*. pp. 31, 32 y 40.

⁵³ Conforme a las definiciones que la RAE incorpora en la vigésimo tercera edición del Diccionario de la Lengua Española. <http://dle.rae.es>.

⁵⁴ De ahí que se hable de verbos transitivos, toda vez que ellos se construyen con un complemento directo, vale decir, exigen la presencia de un objeto directo sobre el cual el sujeto ejecuta la acción.

típica) que no requiere cualificación especial, destinataria del comportamiento activo ejercido por el promotor o instigador, circunstanciado, en la medida que se impulsa o induce la ejecución de actos, conductas o comportamientos “encaminados a producir daños físicos o morales”. Ahora, la literalidad del delito establece vocablos en plural: “actos, conductas o comportamientos” o simplemente actos; pero, el hostigamiento no se realiza a través de una multiplicidad de acciones vulneradoras del interés jurídico tutelado⁵⁵.

La técnica legislativa empleada en la configuración típica surge de las conductas que estructuran esta tipología de atentados y de la limitación que supone señalar cada uno de los actos que pueden dar lugar a la especie delictiva en comento. Así, la promoción o instigación puede adoptar diversas formas de comunicación: discursos o frases orales, publicaciones en cualquiera de sus formas, desde la tradicional escrita, hasta la utilización de medios electrónicos de difusión y almacenamiento, pinturas, dibujos, gestos, transmisiones radiotelefónicas, señales, símbolos, música, representaciones teatrales y material videográfico⁵⁶.

Como los actos trascienden a cualquier aspiración de enunciación, es entendible que, en la descripción de esta clase de delincuencia, se aluda a diversidad de prácticas orientadas por el sujeto agente a causar daños en razón a “categorías sospechosas en un contexto de discriminación”. Entonces, quedan comprendidas dentro de ese ámbito, sin que esto signifique que deba concurrir una pluralidad de actos para perfeccionar de este modo la tipificación de la conducta.

La conducta no se dirige, en principio, contra la víctima, sino a destinatarios del mensaje a quienes se incita mediante comportamientos que tienen la finalidad de impulsar un acto (que es lo que significa promover) o porque se incita o estimula (que es lo que significa instigar) a causar daño físico o moral (ultra finalidad o ingrediente subjetivo) a una persona o grupo de personas que requieren de especial protección por ciertas condiciones de sexo, marginalidad o discapacidad⁵⁷.

vi) Tipicidad subjetiva

La realización del delito ha sido concebida a través de una norma de conducta eminentemente dolosa. Pero más allá del dolo típico requerido para la configuración de la mayoría de los delitos previstos en el *Código Penal*, en el hostigamiento está presente un “*elemento subjetivo especial del tipo*”; esto es, se requiere de un dolo específico (ánimo o motivación en particular), equivalente a un propósito concreto en el actuar del sujeto activo.

La promoción o instigación (conducta típica) ha de ser cualificada por la “intención del sujeto activo”, en la medida que la persecución (promoción o incitación) ha de estar dirigida a producción de un daño; este debe proyectarse sobre una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, en razón de las categorías previstas en la norma y tradicionalmente discriminadas, y con un “componente subjetivo o móvil”, que la acción tenga por causa la condición del grupo o su pertenencia a éste⁵⁸.

A ese respecto, la Sala Penal ha precisado que si bien el tipo penal no exige sistematicidad ni repetitividad en el comportamiento para pre-

⁵⁵ CSJ SP, 16 may. 2012, rad. 34661

⁵⁶ CSJ AP641-2020, 26 feb., rad. 53756.

⁵⁷ CSJ AP6784-2017, 11 oct. 2017, rad. 46771 y CSJ AP6786-2017, 11 oct. 2017, rad. 44884.

⁵⁸ CSJ SP112-2019, 30 ene, rad. 48388

dicar la tipicidad objetiva, no es menos cierto que, por su estructura y objeto de protección (que trasciende la esfera individual y se proyecta a la tutela de intereses colectivos, representados en la dignidad e igualdad de grupos vulnerables), el hostigamiento implica que en el sujeto activo, pese a ser indeterminado, ha de identificarse cierto patrón ideológico que le motive a instigar o promover la causación de daños a personas pertenecientes a los grupos protegidos por la norma. En el caso colombiano, es el elemento que permite establecer, de un lado, si el sujeto activo, consciente y voluntariamente, pretendía, más allá de expresarse en términos desobligantes y discriminatorios, utilizar su discurso como medio de instigación para “dañar” a los sujetos pasivos de la conducta típica.

DISCURSO DE ODIO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

6.1 Criterios de identificación del discurso de odio

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ha identificado cuatro criterios que permiten identificar el discurso de odio, en los cuales se tienen en cuenta la situación sociológica, la percepción de humillación y la intención detrás de las palabras o actos. Estos son los siguientes:

A) Criterio de grupo en situación de vulnerabilidad tipificado. Existe una referencia explícita, o implícita pero indubitable, a un grupo históricamente discriminado, en un tiempo y lugar determinados.

B) Criterio de humillación. Existe a) una opinión degradante o humillante respecto a ese grupo en situación de vulnerabilidad, o b) una referencia simbólica o histórica precisa

que explicita o implica indubitadamente apoyo a eventos de humillación o degradación de grupos en situación de vulnerabilidad (la vestimenta del *Ku Klux Klan*) o c) un listado de personas o el señalamiento de una persona al que se le atribuyen cualidades negativas humillantes asociadas con prejuicios característicos de discriminación contra el grupo en situación de vulnerabilidad.

C) Criterio de malignidad. Existe una invitación explícita o implícita a terceros para humillar o excluir a grupos en situación de vulnerabilidad o a personas identificadas como integrantes de tales grupos.⁵⁹ Los destinatarios principales de estas opiniones son terceros.

⁵⁹ En un sentido similar a lo que la Corte idh y la doctrina llaman "*real malicia*", es decir, expresar una opinión "*con plena intención de causar un daño y conocimiento de que se estaban difundiendo informaciones falsas o con un evidente desprecio por la verdad de los hechos*" (OEA, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, op. cit., p. 38). Sin embargo, nosotros la denominamos "*malignidad*" porque no esperamos que se tenga conocimiento de la falsedad o desprecio por la verdad, sino que se "*debería*" haber tenido conocimiento de la falsedad de los hechos cuando se trata de contenidos humillantes para grupos discriminados y sin base alguna, ya que todos los sistemas educativos de los Estados de derecho están deliberadamente enfocados, desde la tierna infancia, a inculcar la igualdad de todos y el respeto por el otro.

D) *Criterio de intencionalidad*. Existe una intención deliberada de humillar o excluir a personas discriminadas o identificadas como

integrantes de grupos discriminados. Los destinatarios principales de estas opiniones son integrantes de los grupos discriminados.

6.2 Casos puntuales examinados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado frente al delito de hostigamiento en diversas decisiones, de las que se resaltan algunos ejemplos que permiten entender su alcance y en qué eventos se considera que se realiza o no la conducta punible. Veamos:

- **Auto CSJ AP6786-2017, 11 de octubre de 2017, Rad. 44884.**

En el año 2014, una representante a la Cámara rindió una entrevista en la que al responder a la pregunta sobre qué opinión tenía acerca de las diferentes comunidades, contestó lo siguiente: “En el mundo ideal lo mejor sería vivir con el grado de solidaridad de los indígenas, todos son participativos y colaboradores. Con la comunidad negra es más difícil porque ha vivido un desarraigo de 500 años y, cuando uno de ellos tiene poder, lo quiere solo para él. Mira la historia de los alcaldes del Chocó; están presos. Si uno los pone a trabajar se agarran de las greñas. Ellos sí tienen sentido de la propiedad, no quieren soltarse de las cosas porque vienen de no tener nada”.

La congresista fue denunciada por la presunta comisión de hostigamiento agravado, pues en criterio del denunciante esas declaraciones fomentan la discriminación hacia grupos afrocolombianos, negros o raizales, porque promueve la revictimización de un grupo étnico al que se tilda de corrupto y violento, por lo cual el lenguaje utilizado en la entrevista estigmatiza a dicha población.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se inhibió de abrir investigación en su contra, teniendo en cuenta que el delito de hostigamiento no se estructura por manifestar una opinión contra una persona o un grupo, comunidad o pueblo por razón de su raza, etnia, etc., sino por promover o incitar conductas con la finalidad de causar daño físico o moral a una persona o a uno cualquiera de los grupos a los cuales se refiere el artículo 134B del Código Penal.

A juicio de la Corte, las manifestaciones de la representante a la Cámara no pasaron de constituir opiniones, percepciones subjetivas sobre los líderes de una comunidad específica y, por ende, no podían considerarse como un acto de promoción o instigación a ocasionar daños físicos o morales a los miembros de las comunidades a las que se refirió.

- **Auto CSJ AP6784-2017, 11 de octubre de 2017, Rad. 46771.**

En 2015, un senador de la República se refirió a la entonces ministra de Educación, a través de su cuenta de Twitter, tildándola de “lagarta, rica y gay”. En criterio del denunciante, esa conducta configura el delito establecido en el artículo 134B del *Código Penal*, pues, en su opinión, el congresista incurrió en hostigamiento al “querer causar daño moral a la ministra, pero además denigró del hecho de ser homosexual” al llamarla “gay”, palabra que en su concepto tiene un “sentido negativo, descalificador”.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia se inhibió de abrir investigación en contra del senador, al considerar que, si bien el congresista empleó medios masivos de comunicación para ofender a la ministra, se trata de una agresión individual, ofensiva, injuriosa e intolerante contra una persona concreta, pero no de un acto de promoción o de instigación a la violencia contra ella o contra un grupo de personas con determinada orientación sexual. El congresista propagó una opinión desfavorable contra una persona, pero no incitó a la violencia contra ella o contra un grupo específico por razón de su orientación sexual.

- **Sentencia CSJ SP112-2019, 30 de enero de 2019, Rad. 48388.**

En el marco de una sesión ordinaria del Concejo Municipal de Marsella (Risaralda), se discutió entre la alcaldesa y los concejales, entre otros asuntos, la viabilidad de otorgar o ceder a un resguardo indígena un terreno correspondiente a la cancha de fútbol del municipio. La comunidad indígena que entonces lo ocupaba había sido desplazada de su territorio a causa de una catástrofe natural generada por la ola invernal, lo cual obligó a sus integrantes a alojarse de manera precaria en las inmediaciones de Marsella, por varios años.

Luego de que la alcaldesa y varios concejales se pronunciaran sobre dicha problemática, uno de los concejales manifestó: “Siendo sinceros, grupos difíciles de manejar en un gobierno, como los desplazados, negritudes e indígenas, que son los más difíciles de manejar, son cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial”.

De acuerdo con la investigación adelantada por la Fiscalía, adicionalmente el concejal “incitó a unirse en contra de estas minorías para defender el bien común”.

Por estos hechos, el concejal fue procesado y condenado en primera instancia por el delito de hostigamiento agravado (en razón de su condición de servidor público). No obstante, en segunda instancia fue absuelto.

Contra la decisión de segunda instancia, la Fiscalía formuló un recurso extraordinario de casación, por lo que la Sala de Casación Penal se propuso determinar si las expresiones del imputado se adecuaban al delito de hostigamiento, conforme a lo previsto en la legislación penal.

La Corte consideró que las expresiones del concejal acusado ciertamente pueden catalogarse como un discurso de odio, en tanto se refirió a grupos vulnerables de manera ofensiva, peyorativa y displicente, sin consideración y respeto a la dignidad propia de su condición humana. Además, se dirigió contra grupos poblacionales que, por su condición de vulnerabilidad, pertenecen a las denominadas categorías sospechosas de discriminación por motivos étnicos, raciales y socio-económicos, en el caso específico, de dos grupos poblacionales: indígenas y desplazados. En tal sentido, cuando el acusado se refirió a las comunidades desplazadas, afrodescendientes y, especialmente, indígenas como “cánceres que tienen el gobierno nacional y mundial”, emitió una opinión degradante y humillante, asociada a prejuicios, estereotipos y etiquetas características de discriminación, calificativos que tienen aptitud para herir el amor propio o la dignidad de los integrantes de esas comunidades (criterio de humillación que permite determinar la real existencia de un discurso de odio), como las personas vinculados a la comunidad indígena desplazada.

No obstante, la Corte determinó que, si bien las manifestaciones del acusado fueron odiosas e intolerantes, ello no tiene la entidad para configurar la conducta típica de hostigamien-

to establecida en el *Código Penal*, pues se requiere que las palabras o actos de promoción o instigación a terceros (distintos a quienes pertenecen a los grupos vulnerables) sean instrumento de determinación para que estos ataquen (perjudiquen física o moralmente) a una persona, grupo de personas, comunidad o pueblo, por razón de su identidad de grupo (vulnerable y protegido). En suma, lo sancionable es el acto de incitación, desplegado con una intencionalidad concreta de causar daño a otros, por motivos de discriminación.

La segunda expresión, entendida como la “incitación a unirse en contra de dicha minoría étnica para defender el bien común”, fue sacada del contexto en el que se emitió. La discusión se enmarcaba en determinar cómo se iba a aliviar la situación precaria en la que se encontraban los indígenas desde la perspectiva de la planeación, el presupuesto y la salubridad, teniendo en cuenta además que la ocupación de la cancha de fútbol implicaba también la afectación de los intereses de la población en términos de uso del espacio público para la recreación y el deporte. Entonces, con posterioridad a las manifestaciones analizadas, el acusado indicó: “Todo el Concejo en pleno va a tener que estar muy atento a defender el bien común. Y si es que no hay recursos para comprar otro terreno, entonces que se construya otra cancha en el Alto Cauca”.

Para la Corte de las expresiones transcritas, se infiere, desde la posición de un observador objetivo, que tácitamente el concejal no apoyaba que los damnificados se quedarán definitivamente en la cancha, pero que, si no se podía materializar la reubicación por razones presupuestales, debía en todo caso crearse otro escenario apto para las prácticas de recreación y deporte.

Además, la Corte consideró otro elemento relevante para evaluar el discurso a la luz de

los criterios de aceptabilidad e intencionalidad, esto es, que la advertencia la dirigió específicamente a sus colegas.

De este modo, para la Corte, esas palabras del concejal no constituyeron una incitación a que se unieran contra las minorías para defender el bien común, sino la adopción de una postura frente a una problemática en la que además propuso una solución a la situación de vivienda que tenían los desplazados. En tal sentido, lejos de invitar a “unirse en contra de esas minorías” (algo que no dijo) “para defender el bien común”, el acusado se enfocó en la defensa de un interés legítimo, como es la preservación de los espacios deportivos y recreativos para el disfrute de la población. Tal posición no fue incompatible con la búsqueda de alivio para la problemática de los indígenas.

Por tal razón, al someter el asunto al criterio de intencionalidad, para la Corte no se evidenció el propósito de lograr una unión en contra de la minoría y, de esa manera, defender el bien común. Consecuentemente, tampoco se estructuró el dolo específico del tipo penal de hostigamiento que implica la intención orientada a causar un daño a los receptores de sus manifestaciones.

Así las cosas, a juicio de la Corte, la intención del concejal no era la de abogar por un desalojo, por lo que es factible concluir que utilizó un discurso de odio para incitar o promover una persecución en contra de aquéllos por parte de los concejales, a través de la adopción de medidas tendientes a recuperar la cancha para su uso natural, dejando desprotegidos a los indígenas desplazados allí asentados. Por el contrario, persiguió un remedio a la situación, sin olvidar los derechos de la comunidad a la recreación y al deporte.

Con base en estas precisiones, la Corte concluyó que tales expresiones (en lo objetivo

compatibles con elementos definitorios del discurso de odio) no comportan la intención de usarlas como instrumento de persuasión o incitación para que la comunidad atacara física o moralmente a los miembros del resguardo alojados en la cancha.

- **Auto CSJ AP641-2020, 26 de febrero de 2020, Rad. 53756.**

La Sala de Casación Penal conoció un caso en el que una pareja homoafectiva se mudó a un conjunto residencial donde fueron víctimas de discriminación debido a su orientación sexual por parte de sus vecinos (los procesados).

Esta situación se agudizó cuando una de las víctimas fue designada como administrador del conjunto residencial. Los procesados expresaron ante los miembros del consejo de administración y el resto de sus vecinos que era inconcebible y abominable que una persona gay ocupará este cargo. Ellos se valieron de expresiones como las siguientes: “Quienes habitan en el condominio son en un 98% heterosexuales, en los cuales ustedes no encajan», «(...) cacorros, váyanse de aquí; no los queremos ver, maricones», «usted y su pareja son una abominación; me provocan asco con el solo hecho de mirarlos”.

A pesar de que se suscribió un acta de conciliación ante la Inspección de Policía para que este tipo de actos cesaran, los actos discriminatorios continuaron en contra de los vecinos por motivo de su orientación sexual.

Por tal razón, las víctimas enviaron una misiva a los procesados, solicitando que se abs-

tuvieran de difundir a terceros comentarios sobre su estilo de vida. Por su parte, el consejo de administración envió a los procesados una carta suscrita por varios residentes, refiriendo con preocupación la actitud intolerante y discriminatoria.

Por los hechos descritos, los procesados fueron condenados en primera y segunda instancia por el delito de actos de discriminación (artículo 134A⁶⁰ del *Código Penal*). La defensa presentó un recurso de casación ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

A juicio de la Corte, esos hechos configuraron los criterios de identificación del discurso de odio, conforme a las reglas jurisprudenciales que brevemente se explican a continuación:

Grupo en situación de vulnerabilidad: Los procesados se refirieron a las víctimas de una manera ofensiva, denigrante e indolente por el hecho de ser homosexuales, sin consideración en su dignidad humana, insistiendo en su predicamento en contra de personas pertenecientes a grupos poblacionales que, por su condición de vulnerabilidad, son denominadas “categorías sospechosas de discriminación”, por motivos étnicos, de orientación sexual, raciales o socioeconómicos.

Criterio de humillación: Existe una opinión degradante respecto de alguien en situación de vulnerabilidad, asociada a prejuicios, estereotipos y etiquetas características de la discriminación, que se materializó en manifestaciones como las siguientes: «No iba a permitir que un administrador fuera marica», o «en

⁶⁰ Artículo 3o. El *Código Penal* tendrá un artículo 134A del siguiente tenor:

Artículo 134A. *Actos de discriminación.* El que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas por razón de su raza, nacionalidad, sexo u orientación sexual, discapacidad y demás razones de discriminación, incurrirá en prisión de doce [12] a treinta y seis [36] meses y multa de diez [10] a quince [15] salarios mínimos legales mensuales vigentes.

el condominio son en un 98% heterosexuales, en los cuales ustedes no encajan», «(...) cacorros, váyanse de aquí; no los queremos ver, maricones», «usted y su pareja son una abominación; me provocan asco con el solo hecho de mirarlos». Con esto, se mostró con claridad su rechazo y discriminación.

Criterio de malignidad: Se encontró configurado un riesgo comunicativo creado por los procesados, que buscaba generar en la comunidad afrentas contra las víctimas en razón a su orientación sexual. La Sala ha de recalcar que los miembros del consejo de administración enviaron una misiva en la cual se incluye una advertencia: «*Los abajo firmantes, copropietarios del Conjunto Habitacional Campestre (...) manifestamos que respetamos y no rechazamos la relación de pareja que tienen los señores FMA e IDMB*».

Criterio de intencionalidad: Los acusados reiteraron en varias ocasiones sus improperios

con la intención deliberada de humillar y excluir del conjunto residencial y de su entidad administradora a personas identificadas como integrantes de grupos discriminados, incluso después de firmada el acta de conciliación.

La Corte precisó que, si bien la mayoría de vecinos no sucumbieron ante el llamado de los acusados, la propagación lingüística sí originó una amenaza, pues algunos rechazaron a las víctimas por su condición sexual. De allí se desprende que sí existió una intención concreta (dolo específico) y un riesgo comunicativo en el acto de incitación a los vecinos y residentes del conjunto residencial para que excluyeran y rechazaran a las víctimas. Debido a que la orientación sexual es una de las categorías sospechosas de discriminación, sí se configuró el hecho punible de hostigamiento.

CONCLUSIONES

A la luz de la jurisprudencia citada, se concluye que el discurso de odio debe ser tratado como una violación a la dignidad y la igualdad, ambos derechos fundamentales. Este discurso es excluyente en el ámbito de protección de la libertad de expresión. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia considera que las conductas punibles deben demostrar una intención concreta de causar daño físico o moral, alineándose con estándares interna-

cionales, como la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*. De allí, la tipificación del delito se basa en la divulgación o instigación de actos dañinos contra personas o grupos vulnerables, sin que se requieran múltiples actos para su configuración.

BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión – Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión.* http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América.* Noviembre 12 de 2015, <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10247.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10247>.
- Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), *chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/2016_12_21-Recomendacion_ECRI_NO_15_Discurso_odio-ES.pdf*
- Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948, <https://www.dipublico.org/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencias-inter-americanas/conf-inter-amer-1945-1954/novena-conferencia-internacional-americana-bogota-30-de-marzo-a-2-de-mayo-de-1948/>
- Constitución Política de Colombia*, 1991, http://secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Convención Americana sobre Derechos Humanos,
- chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf*
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, <https://www.obchcr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>
- Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/texto-convencion>
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, 4.XI.1950, <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/>
- Corte Constitucional, sentencia T-098-1994
- Corte Constitucional, sentencia C-481-1998
- Corte Constitucional, sentencia C-112-2000
- Corte Constitucional, sentencia C-371-2000.
- Corte Constitucional, sentencia T-1090-2005.
- Corte Constitucional, sentencia C-076-2006
- Corte Constitucional, sentencia T-391-2007.
- Corte Constitucional, sentencia T-909-2011.
- Corte Constitucional, sentencia C-671-2014
- Corte Constitucional, sentencia SU-625-2015.

Corte Constitucional, sentencia T-030-2017.

Corte Constitucional Sentencia C-091-2017.

Corte Constitucional, sentencia C-220-2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), <https://corteidh.or.cr/>

CSJ SP. 6 may. 2012., rad. 34661

CSJ SP1245–2015, 11 feb., rad. 42724.

CSJ AP6786-2017, 11 oct., rad. 44884.

CSJ AP6784–2017, 11 oct., rad. 46771.

CSJ SP112-2019, 30 ene., rad. 48388.

CSJ AP641-2020, 26 feb., rad. 53756.

CSJ STC-14881-2018, 15 NOV 2018.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpglclefindmkaj/https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Declaración universal de los derechos humanos, <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial,

chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpglclefindmkaj/https://www.oas.org/dil/esp/1963_Declaracion%20de_las_Naciones_Unidas_resolucion_1904-XVIII.pdf

Hernu, citado por Frédéric Sudre y Hélène Surrel, *Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européen-*

ne des droits de l'homme. Bruselas, Emile Bruylant, 2008, p. 21).

Kaufman, Gustavo Ariel, *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en internet*. Primera Edición: octubre de 2015. chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpglclefindmkaj/https://www.conapred.org.mx/wp-content/uploads/2022/07/Odiumdicta_2015_Ax.pdf

Ley 599 de 2000,

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Ley 1482 de 2011,

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1482_2011.html

Ley 1752 de 2015,

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1752_2015.html

Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, *Relatoria Especial para la Libertad de Expresión*, Organización de los Estados Americanos, Asdi 2010,

<chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpglclefindmkaj/https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/marco%20juridico%20interamericano%20del%20derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresion%20esp%20final%20portada.doc.pdf>

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), *Combatiendo el discurso de odio*,

<https://www.unesco.org/es/countering-hate-speech>

Pacto internacional de derechos civiles y políticos,

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Principios de Camden sobre la libertad de expresión y la igualdad, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/los-principios-de-camden-sobre-la-libertad-de-expresion-y-la-igualdad.pdf

Proyecto de Ley 08 de 2010 Senado – Gaceta del Congreso 799 de octubre 22 de 2010. Ponencia para primer debate.

SALAZAR UGARTE, Pedro; y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo. El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación. Tensiones, relaciones e implicaciones. Primera Reimpresión: 10 de octubre de 2010. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación– CONAPRED, Serie Estudios Jurídicos, N° 135. México D.F.

SOBRINO ORDÓÑEZ, Miguel Ángel, Aproximaciones a la fundamentación antropológica de la dignidad humana.

<https://vlex.com.mx/vid/aproximaciones-fundamentacion-antropologica-388669316>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/FS_Hate_speech_SPA

VERNY, Edouard, [dir.], Cour de Cassation. Rapport Annuel 2008. Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de Cassation. París, La Documentation Française, 2009, pp. 86-87).

WANDER ZANDEN, J. W. Manual de psicología social. Barcelona, Paidós, 1990, p. 506).



**Defensoría
del Pueblo**
C O L O M B I A

#NosUnenTusDerechos

Defensoría del Pueblo de Colombia
Calle 55 N° 10-32
Apartado Aéreo: 24299 - Bogotá, D. C.
Código Postal: 110231
Tels.: 314 73 00 - 314 40 00

www.defensoria.gov.co