



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL
Casación Radicado No. 53.090

Doctor
LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad

Honorables Magistrados

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal y en cumplimiento de la función constitucional atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, expongo mi criterio en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes dentro, dentro de la demanda de casación interpuesta por el Ministerio Público, contra la sentencia proferida el 12 de abril de 2018, por el Tribunal Superior de Cundinamarca, mediante la cual CONFIRMÓ la condenatoria, emitida por el Juzgado 2 Penal del Circuito de Conocimiento de Facatativá, como autor del delito de acceso carnal violento, en grado de tentativa.

1. HECHOS

Los hechos fueron resumidos por el juez de Segundo grado, del siguiente tenor literal:¹ *“Hacen referencia a que la menor J.K.S.P., tuvo contacto con JIMMY RAÚL LOTTA GARZÓN por medio de la red social Facebook por varios meses durante los cuales intercambiaron fotografías íntimas, luego de lo cual, aquél la amenazó con publicar dichas imágenes y con atentar contra la vida de su madre, de no acceder a encontrarse con él para sostener relaciones sexuales, las cuales no se consumaron por causas ajenas a la voluntad de aquél, en tanto, en la primera oportunidad, la menor logró evitar que se produjeran, pues a pesar de que atendió el requerimiento amenazante de YIMMY RAUL de acudir al sitio que éste le indicó en el municipio de Facatativá, ella logró persuadirlo para que lo pretendido fuera aplazado, debido a que debía encontrarse con su progenitor y, en la segunda, intervino de manera oportuna la policía logrando su captura, la cual acudió al lugar acordado, como consecuencia de la denuncia interpuesta por la madre de la víctima, a quien la menor le reveló las amenazas de que estaba siendo objeto para que accediera a tener relaciones sexuales con el procesado.”*

2. DEMANDA

El recurrente presentó el siguiente cargo contra el fallo de segunda instancia, para que el mismo sea casado:

¹ Fl. 2 fallo del ad quem.



2.1. CARGO ÚNICO: Nulidad

Con fundamento en la causal Segunda de Casación del artículo 181 del C.P.P. (Ley 906 de 2004), la censura acusó el fallo de segundo grado, de ser violatorio del derecho al debido proceso:² *“En primer lugar y como cargo principal, censuro la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, con fundamento en la causal segunda dispuesta en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, por desconocimiento de la garantía del debido proceso, por afectación sustancial de su estructura.”*

La demanda añadió, que el procesado fue imputado por un delito y se le condenó por uno diferente, pues se le imputó por la Fiscalía: *“como autor del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, en la modalidad de ofrecer y solicitar, de conformidad al artículo 219A del C.P. en concurso simultáneo y heterogéneo con el delito de Constreñimiento ilegal del artículo 182 Ídem”*. Sin embargo, fue condenado por el delito de acceso carnal violento, en grado de tentativa.³

Planteó que, los fallos de instancia no respetaron el núcleo fáctico de la acusación, pues se le condenó por un delito diferente al que fue acusado por la Fiscalía: *“Pues bien, en el caso que nos ocupa, no se observa que se haya respetado el núcleo fáctico ni en la primera ni segunda instancia, para concluir como se hizo que podía efectuarse la variación de la calificación y por tanto, condenar como se hizo al procesado por un delito, del que jamás pudo defenderse por no constar ni aun fácticamente en la acusación. Dado que en los hechos por los que fue acusado LOTTA GARZÓN, contrario a lo aducido para efectuar la variación oficiosa de la acusación, no se refieren qué actos ejecutivos, idóneos e inequívocos ejecutó el procesado JIMMY LOTTA para dar inicio a los actos de ejecución de la tentativa de acceso carnal violento, que no lo constituyen meros actos de amenazas, o meramente preparatorios que no alcanzaron ningún principio de ejecución de tal delito.”⁴*

En síntesis, indicó que no se podía condenar al procesado por hechos que no constan en la acusación y del cual no fue posible defenderse: *“En tales condiciones, no es posible que se condene a JIMMY LOTTA GARZÓN, por un delito del que le fue imposible defenderse, como lo fue el Acceso Carnal Violento en grado de Tentativa, por hechos que no constan en la acusación, y por los que la Fiscalía no podía solicitar condena, y menos aún el Juzgado condenarlo, por ese punible sin haber sido acusado ni fáctica ni jurídicamente por él, máxime cuando en las circunstancias indicadas, se trató a no dudar de un delito cuya descripción fáctica no figura en la acusación puesto que para que cumpla tal exigencia frente a un punible de acceso carnal violento tentado, debía describirse actos idóneos, e inequívocos dirigidos a la consumación de tal punible, que trascendieran por tanto al campo ejecutivo, que no lo constituyen las amenazas previas realizadas al respecto por el procesado como medio para constreñir a la menor víctima.”⁵*

² Fl. 11 de la demanda.

³ Fl. 12 demanda de casación.

⁴ Fls. 21 y 22 de la demanda.

⁵ Fl. 23 demanda casación.



3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: Casar sentencia del Tribunal Superior de Cundinamarca.

3.1. AL CARGO ÚNICO. NULIDAD

La censura aduce, que se vulneró el núcleo fáctico de la acusación, toda vez que el procesado fue imputado como autor del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años del artículo 219A del C.P., en concurso con el delito de constreñimiento ilegal del artículo 182 ibidem, pero fue condenado a través de los fallos de instancia, por el delito de acceso carnal violento, en grado de tentativa.⁶

En este contexto, se analizará si le asiste o no razón al recurrente en sus argumentaciones. El problema jurídico por resolver en el sub examine, se contrae a elucidar si fue vulnerado el debido proceso al afectarse el núcleo fáctico de la acusación, toda vez que el procesado fue imputado como autor del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años, tipificado en el artículo 219A del C.P., y a pesar de ello, fue condenado por un delito diferente.⁷

En relación con este cargo debemos precisar que justamente la Fiscalía con fundamento en el material probatorio allegado estimo necesario acusar a *JIMMY RAÚL LOTTA GARZÓN* por los presuntos delitos de *“como autor del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, en la modalidad de ofrecer y solicitar, de conformidad al artículo 219A del C.P. en concurso simultáneo y heterogéneo con el delito de Constreñimiento ilegal del artículo 182 Ídem”*. Para esta Delegada no se debió por parte de los falladores de instancia condenar a *JIMMY RAÚL LOTTA GARZÓN*, por una conducta penal diferente sin ponderarse la acusación de la Fiscalía ya que las conductas atribuidas al procesado estaban en consonancia con las pruebas legal y oportunamente aducidas al proceso, por cuanto están dados los presupuestos facticos de los delitos por los cuales fue acusado el procesado.

El cargo de la demandante señala que no se podía condenar a *JIMMY RAÚL LOTTA GARZÓN*, por un delito por el cual le fue imposible defenderse en la media que tales hechos no fueron plasmados en la acusación de la Fiscalía ni jurídica ni fácticamente y por ello el juez no podía oficiosamente variar la calificación por cuanto el procesado no tuvo la oportunidad de defenderse ya que *“debía describirse actos idóneos, e inequívocos dirigidos a la consumación de tal punible, que trascendieran por tanto al campo ejecutivo, que no lo constituyen las amenazas previas realizadas al respecto por el procesado como medio para constreñir a la menor víctima.”*⁸

Sin embargo esta variación en la calificación jurídica de los hechos no afecto al procesado al contrario de lo señalado en la demanda, ello le representó un notable beneficio por cuanto al ser encontrado responsable del delito enrostrado por la Fiscalía la pena mínima del delito consagrado en el artículo 219 A parte de una pena mínima de diez años de prisión y el delito de constreñimiento ilegal con el cual se

⁶ Fl. 12 demanda de casación.

⁷ Fl. 11 de la demanda de casación.

⁸ Fl. 23 demanda casación.



concurso pena de uno a tres años, lo cual según las reglas de concurso la pena resultante en sería muy superior a la impuesta por el Tribunal.

Por lo que la pretensión de la demanda argumentándose una falta de congruencia entre la acusación y el fallo, generó en el fondo el error en la interpretación y selección de la normatividad por parte de los falladores de instancia, implicó una violación directa de la ley sustancial, en detrimento de las víctimas y de la estricta legalidad. En efecto, injustificadamente tanto el Juez de conocimiento y el Tribunal desconocieron la acusación de la Fiscalía cuando señaló a JIMMY RAÚL LOTTA GARZÓN, la persona que mediante engaños inicialmente a través del teléfono celular y con la red social Wasap y Facebook entabló comunicación con la menor *J.K.S.P*, a quien luego amenazó con publicar las fotos íntimas que esta le compartió si no accedía a tener relaciones sexuales.

El procesado que utilizó las redes sociales de comunicación ante citadas, buscó la obtención de actividades sexuales con la menor *J.K.S.P*, con la aclaración que esa actividad la realizaría en beneficio propio, manifestación que se exterioriza cuando la cita en la localidad de Facatativá para sostener un encuentro sexual, citación que se llevo a cabo en dos oportunidades que fueron fallidas. La primera por la manifestación de la menor indicando que su padre la estaba esperando y en una segunda oportunidad por la intervención de la policía a solicitud de la misma víctima y de la madre de la menor.

En este contexto, el fallo del juez de primera instancia condenó al enjuiciado JIMMY RAÚL LOTTA GARZÓN, a la pena de 84 meses de prisión, como autor del delito de acceso carnal violento en tentativa, descrito en el artículo 205 del C.P., y sobre el cual, destacó estos aspectos relevantes:⁹ *“En esa medida, aun cuando esta judicatura condenará por un delito diferente al expresamente imputado, no se trasgrede de manera alguna la garantía de la congruencia pues se respeta el núcleo fáctico de la imputación; se trata de un delito del mismo género incluido en los atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales; y se trata de una conducta que apareja una pena menor pues se aplica el dispositivo amplificador de la tentativa.”*

Por su parte, la decisión del Tribunal confirmó el fallo del *a quo*, pues con fundamento en los medios de conocimiento debatidos en el juicio oral, arribó al conocimiento más allá de toda duda razonable, sobre la ocurrencia del delito de acceso carnal violento en grado de tentativa, en que incurrió el condenado, LOTTA GARZÓN:¹⁰ *“Así las cosas, le asistió razón a la a quo, al determinar que, con los medios de conocimiento practicados, incorporados y debatidos en el juicio oral, se arriba al conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la ocurrencia del delito de acceso carnal violento en grado de tentativa, a título de dolo y respecto a la responsabilidad del señor JIMMY RAÚL LOTTA GARZÓN frente al mismo como autor.”*

Sobre el mismo aspecto, refirió el fallo del Tribunal, acorde con lo decidido por el *a quo*, que era viable variar la calificación jurídica, toda vez que la situación fáctica por la cual se formuló imputación y acusación al procesado, no encontraba adecuación en los delitos endilgados por parte de la Fiscalía, en razón a que no se probó debidamente, que la menor hubiera intercambiado fotografías íntimas con el

⁹ Fl. 24 fallo de primera instancia.

¹⁰ Ver fl. 26 fallo de segunda instancia.



acusado:¹¹ *“En el caso de la especie, se tiene que la juzgadora de instancia, atendió los anteriores parámetros jurisprudenciales al momento de variar la calificación jurídica endilgada por la Fiscalía a LOTTA GARZÓN, toda vez que, consideró que la situación fáctica por la cual se formuló imputación y acusación al procesado y que en parte se demostró en el juicio oral, no encontraba adecuación en los delitos endilgados, esto es, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años y constreñimiento ilegal, debido a que no se probó que la menor hubiera intercambiado fotografías íntimas con el acusado dentro de un contexto de explotación sexual y al carácter subsidiario de la conducta punible prevista en el artículo 182 del Código Penal, y en cambio concluyó que las pruebas practicadas y debatidas en el juicio oral acreditan la ocurrencia del delito de acceso carnal violento tentado (calificación que es menos gravosa) y la consiguiente responsabilidad del acusado frente al mismo, por cuanto aquél amenazó a la menor con publicar en la red social Facebook las fotografías íntimas que aquélla le había enviado y con atentar contra la vida de su madre, si no accedía a remitirle nuevas fotografías de sus genitales por el mismo medio y a acudir a un encuentro personal para que sostuviera relaciones sexuales con él, hecho éste último que no se consumó pese a que la menor a raíz de la intimidación, cumplió con las referidas citas, debido a causas ajenas a la voluntad del acusado. De manera que, contrario a lo señalado por la censora, la a quo tomó la decisión de condenar al acusado por el delito establecido en el artículo 205 del Código Penal, no como consecuencia de un actuar caprichoso o sustitutivo de la labor del ente acusador, sino como resultado de una valoración razonable de las pruebas practicadas en el juicio oral, labor que le permitió llegar al conocimiento más allá de toda duda respecto a la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado en la misma; por lo tanto, no es posible afirmar sin más, que se vulneró el principio in dubio pro reo.”*

En este sentido, el fallo del Tribunal destacó estos aspectos relevantes, que se acreditaron a través del juicio oral, que era procedente la condena al acusado LOTTA GARZÓN, por una conducta delictiva de menor entidad a la definida en la acusación y que se respetó el núcleo fáctico de la imputación y de la acusación, pues se probó que el encartado amenazó a la niña J.K.S.P., con publicar sus fotografías íntimas en una red social (Facebook) y con asesinar a su madre, si no accedía a verse con él para tener relaciones sexuales:¹² *“Ahora, como se indicó, la Juez de primer nivel condenó al acusado por una conducta delictiva de menor entidad de la determinada en la acusación, respetando el núcleo fáctico de la imputación y de la acusación referente a que LOTTA GARZÓN amenazó a la menor con publicar sus fotografías íntimas en la red social Facebook y con segarle la vida a su madre, si no accedía a verse con él para sostener relaciones sexuales, de manera que, no se vulneró el derecho de defensa del acusado, pues tal como lo ha precisado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia “Es incuestionable que al mantener el núcleo esencial de la imputación táctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho de defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar, y por ello, en cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es factible predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de*

¹¹ Véanse fls. 16 y 17 fallo del ad quem.

¹² Fls. 17 y 18 fallo del ad quem.



carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que únicamente cobra carácter definitivo en el respectivo fallo.”

El Tribunal destacó también, que de lo declarado por la menor víctima en el juicio oral, se deducía que ella contó con precisión y detalle, que el acusado le envió una solicitud de amistad a través de Facebook, que conversaron por varios meses y a su vez, compartieron algunas fotografías íntimas, que luego vinieron las amenazas y el agresor siguió solicitándole fotos de su vagina, bajo amenazas de que si no se las enviaba y no acudía a la cita en el parque que le propuso, las publicaría en las redes para que sus amigos las vieran y que ella accedió a la cita por miedo.¹³

“Después de un tiempo me siguió solicitando más fotos de la misma parte íntima, de la parte de abajo. ¿Y le envió? Sí porque después de un tiempo, él empezó a decir que le mandara las fotos, que o sino entonces publicaba las fotos que yo le había enviado y las conversaciones a mis amigos. ¿De la parte de abajo, a qué se refiere cuando dice de la parte de abajo? La vagina. ¿Usted las mandó cierto o no? Sí señora. ¿Y después de todo eso qué siguió sucediendo? Él me puso una cita y me dijo que si no asistía a esa cita publicaba las fotos, que él ya las tenía para subirlas. ¿Usted accedió a esa cita? Por miedo ¿Qué pasó en ese encuentro? (Llora y se le otorga un tiempo para que se calme). Entonces ese día fue un sábado dijo que si no iba que subía las fotos al Facebook para que mis amigos las vieran entonces llegó allá y me dijo que fuera por el lado de la iglesia hacia mano izquierda me llevó por allá, me dijo que fuéramos a un hotel, que fuéramos dos horas que no nos demorábamos mucho, que yo sabía a qué íbamos. A qué se refería a qué íbamos, a sostener relaciones sexuales. Entonces yo le dije que no, que yo tenía que encontrarme con mi papá, dijo que no, que yo no me demoraba mucho, que eran solo dos horas, que, entonces yo le dije que no entonces él dijo: “quiere que suba las fotos al face?” (sic). Yo le dije no. Entonces yo le dije, pues voy el lunes, el lunes a las 7 de la mañana, yo hago de cuenta que voy para el colegio pero no voy. Entonces dijo no, es hoy o nunca, yo le dije no, el lunes, entonces llegó, bueno el lunes a las 7 acá en el parque y fue cuando accedí a contarle a mi mamá lo que estaba pasando”.¹⁴

Posteriormente, el fallo del Tribunal destacó sobre las amenazas proferidas por parte del procesado, que la víctima relató que éste la intimidó con subir las fotos a las redes sociales (las cuales finalmente no logró montar), si no accedía a sus pretensiones sexuales:¹⁵ *“Seguidamente, se le preguntó “¿En algún momento el señor JIMMY RAÚL LOTTA la amenazó, le hizo alguna amenaza si no cumplía con lo que él quería? Él me amenazó con subir las fotos al Facebook, que yo le había enviado. ¿Y las subió? No porque ahí fue cuando yo le conté donde el señor (refiriéndose a un policía) de lo que estaba sucediendo y entonces ahí fue cuando pues él dijo que ya tenía las fotos ahí, o sea preparadas para subirlas, y entonces le conté y ahí fue cuando lo capturaron”.*

Refirió también la menor víctima, que el procesado LOTTA GARZÓN, amenazó con asesinar a su progenitora, si no cumplía la cita que le impuso, asunto que efectuó a

¹³ Fls. 18 y 19 fallo de segunda instancia.

¹⁴ Fl. 19 fallo del Tribunal y Récord 01:34:34 en adelante.

¹⁵ Fls. 19 y 20 fallo de segundo grado.



través de una llamada que le hizo a su celular y que se sintió presionada por las amenazas que estaba recibiendo de parte del procesado:¹⁶

“¿Recibió alguna otra clase de amenazas, aparte de subir las fotos al Facebook? Pues la amenaza de matar a mi mamá, eso lo hizo por medio de una llamada a mi celular. Él me llamó y me dijo que si no iba también a esa cita entonces que mataba a mi mamá. ¿Exactamente qué le dijo en la llamada? Dijo que si iba a cumplir la cita, yo le dije que no, que no porque yo no podía ir, dijo que entonces que si no iba entonces que mataba a mi mamá ¿El señor RAÚL conocía a su mamá? Pues él me dijo que sabía quién era mi mamá. ¿Tenía él la dirección o sabía dónde residían ustedes? No señora sólo me dijo que sabía quién era mi mamá. Luego, durante el interrogatorio en redirecto, especificó que el acusado la constriñó para que le enviara fotografías en las que "se notara más la vagina", indicando que accedió debido a que "me sentí presionada por las amenazas que estaba recibiendo de JIMMY”.

Por otra parte el delito de constreñimiento ilegal se materializa cuando el procesado según señalo la instancia la niña efectuó un relato amplio, espontáneo y pormenorizado, respecto a las circunstancias en las cuales LOTTA GARZÓN la amenazó con publicar las fotografías íntimas que la víctima le había enviado, en caso de que no accediera a enviarle más imágenes de su vagina y de asistir a las citas que le propuso para sostener relaciones sexuales, y para lograr ese cometido ilegal del sometimiento sexual de la menor, incluso llegó a amenazarla con atentar contra la vida de su ascendiente con el fin de doblegar la voluntad de la víctima:¹⁷

“Como se observa del anterior recuento, contrario a lo alegado por la defensa del acusado, la víctima efectuó un relato amplio, espontáneo y pormenorizado respecto a las circunstancias en las cuales LOTTA GARZÓN la amenazó con publicar las fotografías íntimas que aquélla le había enviado voluntariamente, en caso de que no accediera a enviarle más imágenes de su parte genital y a acudir a las citas que le puso para que sostuvieran relaciones sexuales, optando además, en procura de lograr el sometimiento sexual de la menor, por amenazarla con atentar contra la vida de su progenitora, pues nótese cómo la niña, después de indicar que entabló conversación con el acusado y que, se enviaron fotografías íntimas, sin que mediara pregunta alguna, afirmó que luego de ello, aquél le solicitó que le enviara más imágenes de su parte genital, y que ella accedió a ello debido a que él la amenazó con efectuar la referida publicación en la red social Facebook, y seguidamente, ante la pregunta de qué continuó sucediendo, manifestó que el acusado nuevamente la amenazó con lo mismo para que aceptara verse con él a fin de que tuvieran relaciones sexuales y que, al acudir a dicho encuentro, como consecuencia del miedo que sintió, le dijo que fueran a un hotel y sostuvieran relaciones sexuales, ante lo cual ella se negó aduciendo que tenía una cita con su padre, proponiéndole que lo hicieran posteriormente, por lo que, aquél le reiteró la amenaza. De manera que, no es cierto que la menor hizo alusión a tales situaciones debido a que se le insinuaron las respuestas, pues si bien, más adelante se le preguntó de manera concreta si el acusado la había amenazado para que accediera a lo que él pretendía, lo cierto es, que la menor reiteró lo ya señalado.”

En esta dirección, el fallo de segundo grado explicitó que el dicho de la niña fue debidamente corroborado con lo declarado en el mismo sentido por su progenitora

¹⁶ Fl. 19 fallo del ad quem.

¹⁷ Fl. 20 fallo del Tribunal.



y por el agente de Policía que atendió el caso, quienes fueron coincidentes en afirmar que la víctima les contó que el procesado la había amenazado con matar a su mamá, de no concurrir a la cita en el parque principal del municipio de Facatativá, en los precisos términos como él se lo había indicado:¹⁸

“Ahora, varias de las manifestaciones de la menor fueron corroboradas por los testigos Ana Poveda Hernández (madre de la víctima) y el policial Carlos Javier Buitrago Montañez. En efecto, la primera, en el juicio oral afirmó que su hija le comentó que el acusado, a quien conoció por Facebook y le envió fotografías desnuda, la había citado al día siguiente amenazándola con matarla a ella si no concurría al encuentro, razón por la cual acudieron a la policía e interpuso la correspondiente denuncia y, el segundo, en el mismo escenario señaló que, luego de que J.K.S.P. y la señora Ana Poveda le comentaran lo sucedido, efectuó una inspección ocular al celular de la menor en desarrollo de la cual observó “unas conversaciones en el Messenger Facebook en donde decía que efectivamente le ponía cita en ese día y que o si no publicaba las fotos en Facebook había unas fotografías de la adolescente pues desnuda, de diferentes formas, de diferentes poses”.

De la misma manera, el fallo del *ad quem* recalcó que los referidos testigos coincidieron también en indicar, que la menor víctima estaba visiblemente afectada y atemorizada por las amenazas proferidas por el procesado, pues era fundado su temor de que LOTTA GARZÓN, cumpliera con las coacciones expresadas:¹⁹

“Igualmente, los mencionados testigos afirmaron que la menor se encontraba afectada por las amenazas recibidas por el acusado, pues la progenitora de la víctima, en el juicio oral, indicó que cuando su hija le contó lo que le sucedía “temblaba mucho”, y el policial Carlos Javier Buitrago Montañez, manifestó en el mismo escenario, que observó que aquella tenía miedo de que el acusado cumpliera con su amenaza si no se veía con él. Además, el policial, afirmó que, después de verificar la información brindada por la menor y su progenitora con la inspección ocular al celular de la primera, coordinó la operación para lograr la captura de quien se determinó respondía al nombre de JIMMY RAUL LOTTA GARZÓN, la cual se efectuó el 20 de abril de 2015, a la hora prevista para la cita, en el momento en que aquél se acababa de encontrar con J.K.S.P., e iban caminando hacia el sur de Facatativá, lo cual corrobora la veracidad de las manifestaciones de la menor.”

Con todo lo anterior, se corroboró que el procesado LOTTA GARZÓN, efectivamente incurrió en los delitos por los que acuso la Fiscalía, pues a través de la red Facebook y Messenger, utilizando además amenazas claras y directas contra una menor de edad, a quien pidió fotografiar su cuerpo desnudo con fines erótico-sexuales, así como para que ella accediera a tener relaciones sexuales, de lo contrario publicaría las mismas en las redes sociales. Adicionalmente, amenazó de muerte a su progenitora de no acceder a sus pretensiones lujuriosas y lascivas, lo cual, confirma la violencia moral o psicológica que ejerció sobre su menor víctima, a

¹⁸ Ver fl. 21 fallo de segunda instancia.

¹⁹ Véanse fls. 21 y 22 fallo del *ad quem*.



través de la intimidación y la amenaza del uso de la fuerza, conforme al artículo 212A del C.P.²⁰ y, por todo esto, el cargo propuesto deberá ser desestimado.²¹

Podrá argumentarse que no se tenía los propósitos descritos en el artículo 219 A ya que el procesado no buscaba en la menor fines de explotación sexual, sin embargo la misma disposición dentro de los verbos rectores de la conducta señala el *obtener o solicitar contacto con fines sexuales con menor de 18 años* y pese a que la defensa argumenta que el procesado desconocía que la víctima era menor de edad es claro que tuvo interacción con la misma con lo cual pudo establecer la edad y justamente por ello amenazó igualmente con atentar contra la madre de la misma.

Sobre el tema en cuestión la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 39160 de 14 de agosto de 2012, señaló²²:

“En este orden de ideas, el tipo del artículo 219-A del Código Penal pretende, en la actualidad, sancionar a las personas que buscan obtener favores sexuales con menores de edad, así como quienes actúan como intermediarios de esos contactos, en la medida en que se hayan valido de cualquier medio de comunicación para conseguir tales fines, y no exclusivamente de la Internet o el ciberespacio.”

Si bien la víctima aceptó que envió unas fotografías de manera voluntaria, con lo cual se podría predicar que hubo consentimiento en la menor, está igualmente preciso que en las dos últimas no lo fue así, sino porque estaba siendo víctima de amenazas consistentes en que el procesado publicaría esas imágenes en la red Facebook y además que atentaría contra la vida de su madre, si no accedía a tener relaciones sexuales con él. También se habló de causarle daño imponderable.²³

Además, surgen claros indicios de temor o miedo que se reflejaron:

a) El hecho que la víctima haya acudido al encuentro con el victimario, b) Que llevo a su padre para que la acompañara a Facatativá y así evitar tener la relación que le proponía el acusado, c) Que acudió en compañía de su madre a las autoridades a acusar al mismo y para que lo capturaran d) y el estado anímico en que la notó su progenitora

Esta clase de personas que atentan contra los menores utilizan variedad de mecanismos y herramientas para lograr sus propósitos y doblegar a las víctimas y en el presente caso se acudió al constreñimiento y amenaza para generar el miedo de una menor que ingenuamente accedió inicialmente a compartir unas fotos íntimas con quien no debía pues no solo era un desconocido sino que no tenía muestras de pudor y por ello, este abuso de esa confianza para buscar un propósito libidinoso y atentar contra la integridad sexual de la menor en los términos de la norma en cita.

²⁰ ARTÍCULO 212A. VIOLENCIA. 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.

²¹ Ver fls. 12 a 23 fallo del a quo y fls. 16 y ss. fallo del ad quem.

²² CSJ 39160 de 14 de agosto de 2012 MP Dr Julio Enrique Socha Salamanca

²³ Página 6 sentencia de segunda instancia



Lo que argumento la Fiscalía en el Juicio y en la acusación, no fue un beneficio económico sino el específico propósito frustrado de Lotta Garzón por acceder carnalmente a la menor de edad, tal como la Fiscalía señaló quedó registrado en la red Facebook en la cual estaban las fotos y los diálogos entre víctima y victimario. Por las anteriores razones se concluye que la demanda debe prosperar, declarando la nulidad de lo actuado desde la audiencia que anuncia el sentido del fallo y ordenar reponer la actuación²⁴.

En este orden de ideas, para esta Agencia del Ministerio Público, debe prosperar el cargo formulado en la demanda de la Procuradora 19 Judicial Penal II y, por lo anterior, se solicita respetuosamente a la Corte, casar la sentencia impugnada del Tribunal de Cundinamarca, del 12 de abril de 2018.

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

²⁴ CSJ SP3831-2019 Radicación 47671 diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019). MP Dr EUGENIO FERNANDEZ CARLIER