



## SALA DE DECISIÓN PENAL

### APROBADO ACTA N° 42

(Sesión del 28 de febrero de 2024)

<i>Radicado:</i>	<i>05-001-60-00207-2017-00512</i>
<i>Sentenciado:</i>	<i>Willy Jharinton Vivas Lloreda</i>
<i>Delito:</i>	<i>Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo</i>
<i>Asunto:</i>	<i>Defensa apela sentencia condenatoria</i>
<i>Decisión:</i>	<i>Confirma</i>
<i>M. Ponente:</i>	<i>José Ignacio Sanchez Calle</i>

**Medellín, 1° de marzo de 2024**

(Fecha de lectura)

### 1. OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala decide del recurso de apelación presentado por la defensa del enjuiciado en contra de la sentencia proferida el 16 de febrero de 2022 por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Medellín - Antioquia, por medio de la cual se condenó a **Willy Jharinton Vivas Lloreda** como autor penalmente responsable del delito de **Acceso carnal abusivo con menor de catorce años Agravado** (Arts. 208 y 211 #2 C.P.), imponiéndole pena de doscientos cuatro (204) meses de prisión e inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual; negándose la suspensión condicional de la ejecución de la pena y demás subrogados penales.

### 2. HECHOS

**Willy Jharinton Vivas Lloreda** ingresó como docente de tecnología en el año 2015 a la Institución Educativa Félix Henao Botero, donde estudiaba en grado 7° la menor **H.R.R.**<sup>1</sup>, que para el momento contaba con 12 años de edad; desde el ingreso de **Vivas Lloreda** como docente a la institución, a la menor **H.R.R.** empezó a gustarle. Para el 2016, **H.R.R.**, y **Willy Jharinton**, coincidieron en la jornada de la mañana, por lo cual **H.R.R.** le preguntó por qué se había cambiado de jornada y **Willy Jharinton** responde que para estar cerca de ella; a su vez, comenzaron a sostener conversaciones por WhatsApp que rápidamente adquirieron una connotación de carácter sexual, donde se enviaban mutuamente fotografías de sus partes íntimas.

**Willy Jharinton** le pidió que fueran novios y, el 10 de mayo de 2016, cuando **H.R.R.** tenía 13 años de edad, en una mañana de clase fue a la sala de sistemas a saludarlo, y allí por primera vez tuvieron relaciones, a partir de ese momento sostuvieron múltiples encuentros sexuales, siendo la última de estas en abril de 2017.

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

**3.1.** En audiencia del 28 de septiembre de 2017, ante el Juzgado Veinte Penal con Función de Garantías de Medellín – Antioquía, se declaró legal el procedimiento de captura realizado en contra de **Willy Jharinton Vivas Lloreda**, a su vez, la fiscalía general de la nación le formuló imputación por su posible autoría en la comisión de los delitos de **Acceso carnal abusivo con menor de catorce años Agravado** (Arts. 31, 208, 211 #2) y **Actos sexuales abusivos con menor de catorce años Agravado** (Arts. 31, 209, 211 #2), cargos que no

---

<sup>1</sup> Se omite identificar a las menores por respeto a su dignidad y a su derecho a un nombre de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño y en acatamiento a los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de los delitos y abuso de poder (Asamblea General de la ONU. Resolución No. 40/34 del 29 de noviembre de 1985) al contemplar que los procedimientos judiciales y administrativos deben adoptar medidas para evitar nuevamente su victimización, en concordancia con lo enunciado en el Código de Infancia y Adolescencia.

fueron aceptados por el procesado. Finalmente, en la misma diligencia se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario.

Inconforme con la decisión, la defensa del procesado interpuso recurso de apelación contra el procedimiento de legalización de captura y contra la decisión que impuso medida de aseguramiento intramural, mismo que fue resuelto por el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín el 19 de octubre de 2017, donde confirmó la legalización del procedimiento de captura y revocó la imposición de la medida de aseguramiento en contra de **Willy Jharinton Vivas Lloreda**.

**3.2.** El 24 de noviembre de 2017, el fiscal presentó escrito de acusación en los mismos términos de la imputación, proceso que por reparto correspondió al Juzgado Diecisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquía. Despacho que el 14 de febrero de 2018 adelantó la audiencia de formulación oral de acusación.

**3.3.** El 15 de agosto de 2018 se llevó a cabo la audiencia preparatoria donde se realizó el respectivo descubrimiento probatorio y el acusado no aceptó cargos.

**3.5.** El 14 de enero, 27 de febrero, 11 de junio, 31 de julio, 27 de septiembre, 28 de noviembre de 2019, 15 de octubre de 2021 y 16 de febrero de 2022 se llevó a cabo la diligencia de juicio oral, la cual culminó anunciando que el sentido del fallo sería de carácter condenatorio enmarcado en los términos previstos dentro de la acusación.

### **3.6. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Después del análisis probatorio y, evacuado el juicio oral, el *a quo* concluyó que el Ente Acusador logró acreditar más allá de toda duda razonable, la existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado.

El Juez de primera instancia consideró pertinente para resolver el problema jurídico, en primer lugar, determinar si se demostraron o no los hechos relativos a los accesos carnales, los actos sexuales y los elementos de agravación punitiva, previstos en los artículos 206, 208 y 211 Numeral 2º del Código Penal. A su vez también calificó la existencia o no de los presupuestos para la atribución de responsabilidad penal en contra del acusado, o sí en lugar a ello, su comportamiento se encuentra encuadrado en la causal de ausencia de responsabilidad de error de tipo del numeral 10º del artículo 32 de la ley 599 del 2000.

Afirmó el *a quo* que conforme a las normas penales que regulan las conductas descritas en los artículos 206, 208 y 211 Numeral 2º del Código Penal, aunado a los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la edad en estas conductas punibles pone en manifiesto una circunstancia de inferioridad o lo que es igual un estado de incapacidad que es aprovechado por quien siendo adulto no encuentra resistencia en su proceder. Esa presunción de inferioridad o incapacidad en los menores, es presunción de derecho (*iuris et de iure*<sup>2</sup>), por tanto, no admite prueba en contrario, pues la ley establece que antes de los catorce años de edad, los menores deben permanecer libres de interferencias en materia sexual con el fin de preservar su correcto desarrollo, buscando proteger su dignidad y libertad sexual, por cuanto estos no han logrado aún plenitud en su madurez psicológica, impidiéndoles comprender a cabalidad el significado y alcance del acto sexual y lo que ello implica.<sup>3</sup>

Respecto a la controversia formulada por la defensa en los alegatos de cierre, no deviene a los hechos en cuanto a las circunstancias de su ocurrencia, por el contrario, se afinca en un error en el consentimiento y voluntad del procesado, sin embargo, consideró el *a quo* que es su obligación verificar las categorías dogmáticas del delito y por ende, valorar el material probatorio válidamente

---

<sup>2</sup> Que no admite prueba en contrario.

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. MP. Jorge Luis Quintero Milanés. Sentencia 7 de septiembre de 2005. Rad. 18455.

practicado en el juicio oral, encontrando en primer lugar la versión de la víctima, fundamental para determinar en qué consistieron los hechos bajo examen y cómo tuvo lugar su ocurrencia.

La menor víctima **H.R.R.**, declaró sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la conducta punible, que fue estudiante de la Institución Educativa Félix Henao Botero, ubicada en el Barrio Buenos Aires de Medellín, lugar donde conoció al procesado cuando éste llegó en calidad de docente de tecnología, ella tenía 12 años de edad y cursaba 7º grado, luego al siguiente año, en el 2016, la menor pasó a cursar 8º grado, coincidió con el procesado en la misma jornada de la mañana de estudio, diciéndole él a la menor que había cambiado de jornada para estar cerca de ella, por lo que desde ese momento empezó a llamar la atención de **H.R.R.**, posterior a eso, sostuvieron conversaciones por redes sociales, como WhatsApp, donde empezaron a compartir fotografías de sus partes íntimas y a su vez el procesado le pidió a **H.R.R.**, que fuera su novia y para mediados del año 2016 comenzaron a sostener relaciones sexuales que ocurrieron en múltiples ocasiones en el salón de informática de la institución, la primera de ellas vía vaginal contada con detalle por la menor y alguna de ellas vía oral; respecto al último encuentro sexual refirió que ocurrió en el año 2017 cuando ya cursaba 9º grado y que se llevó a cabo en el vehículo del procesado, mientras estaban en el garaje del vehículo.

También **H.R.R.**, declaró que de las conversaciones por redes sociales intercambiaban fotografías de carácter sexual, que ella enviaba porque quería y también porque él se las pedía.

Finalmente, la menor fue clara en precisar que no solamente le preguntó al procesado por su edad (*y que este contestó que tenía la edad de su mamá*), sino que también ella le dijo que tenía 13 años, momento donde cursaba 8º grado; declaración que se encuentra corroborada con los testimonios de **Jadinson Arley Valencia Montoya, Wilson de Jesús Castro Torres**, la médica legista

**Martha Elena Herrera Muñoz y Nancy Estupiñán Castañeda**, investigadora del CTI, a quienes en su momento les contó lo mismo.

Estos dieron cuenta de la manera en cómo conocieron los hechos y ciertamente corroboraron su ocurrencia; **(i)** sobre las condiciones de tiempo, es decir para el año 2016 cuando la menor tenía 13 años de edad, hasta mayo de 2017, cuando cursaba 9º grado; **(ii)** en relación con el modo, la relación sentimental entre víctima y victimario salió a la luz por los mensajes afectuosos y fotografías íntimas que mutuamente intercambiaban y que el señor **Jadinson Arley y Wilson de Jesús** descubrieron, aunado a la valoración sexológica realizada por la médico legista, que determinó un desgarró himeneal compatible con la descripción de los hechos del acceso carnal por penetración vaginal, y finalmente; **(iii)** respecto al lugar donde se produjeron los accesos carnales, estos ocurrieron en el salón de clases de informática donde permanecía el procesado y que en una ocasión tuvieron relaciones en el vehículo de este, hecho corroborado con las manifestaciones plasmadas en la anamnesis de la entrevista forense.

Además, respecto a la declaración de la menor víctima **H.R.R.**, el *a quo* consideró que explicó con suficiente detalle las circunstancias previas, concomitantes y posteriores a los varios hechos atribuidos al procesado, narración de la que no se percibe motivos o razones de enemistad, pues la víctima creía que era pareja del procesado y por ende no existen reparos de lo acontecido. A su vez, su testimonio se percibe claro, conciso, sin ambigüedades y puede ser corroborado periféricamente con los demás medios probatorios practicados en la audiencia de juicio oral, por lo que resulta íntegramente creíble.

Para el Juez de primera instancia no existe duda de la ocurrencia de los hechos constitutivos del tipo, pues se constataron dos accesos carnales con menor de 14 años, e igualmente se acreditó la relación de superioridad y autoridad del procesado respecto a la víctima, dado que no solo era docente de la institución, sino que fue profesor de la menor, momento en el cual el procesado adquirió una

condición de dominio académico respecto de la menor, pues era su guía, su instructor y en gran medida, modelo a seguir, por lo que se considera que influyó fácilmente en **H.R.R.**, al punto de hacerle pensar que tenían una relación sentimental seria.

Finalmente, frente al error de tipo que la defensa expuso fundado en una mentira de la menor sobre su edad y a su vez en la imposibilidad que dice el procesado haber tenido en la constatación de la misma, **Vivas Lloreda** declaró que conoció a **H.R.R.** porque luego de un año de su llegada, mediante redes sociales, ella le habló, fue para el año 2016, inicialmente por Facebook y luego por WhatsApp, donde sostuvieron conversaciones frecuentes, en las que ella le manifestó sentir atracción hacía él, pero él siguió de manera prudente, personalmente le preguntó la edad y ella supuestamente le dijo que tenía 15 años, afirmación en la cual el acusado confió debido a que la menor ya contaba con redes sociales, sin embargo no podía verificar su edad en estas plataformas.

El *a quo* consideró qué, de los testimonios que desfilaron en el juicio sobre los docentes de la institución educativa, se conoció cual es el manejo que tiene la información personal de los estudiantes, a qué tipo de información tienen acceso el director de grupo, la rectoría, la secretaría y en general el personal administrativo. A su vez se escuchó, que no se trata de información a la cual el procesado estuviera en imposibilidad de acceder, pues se explicó claramente en el juicio que podía conocerse por los demás profesores cuando lo solicitaban indicando las razones para ello, generalmente, cuando debían preparar sus diagnósticos de grupo e iniciaban la ejecución de la práctica pedagógica e incluso cuando lo considerará necesario.

El procesado manifestó que estuvo en la imposibilidad de constatar la edad de **H.R.R.**, pero tal manifestación según las apreciaciones de la primera instancia, resulta mentirosa cuando es constatada con los testimonios de sus entonces compañeros de docencia, pues si bien es cierto existe una restricción para acceder a la información personal de los estudiantes, no lo es que haya sido

imposible acceder a la misma, pues los docentes que han sido directores de curso como Aidé del Socorro, dejó claro que todos los docentes en algún momento conocen la información personal en poder del director de grupo con el fin de poder cumplir sus funciones, la misma información está consagrada en el observador del estudiante que si bien podía estar en la coordinación, era facultativo del director de grupo tomarlo para realizar las respectivas anotaciones.

En consideración el Juez de primera instancia concluyó que en el testimonio de **H.R.R.**, no se observan defectos que resten su valor suasorio, por el contrario, se encuentra sincero, fidedigno y carente de intereses diferentes a reflejar la verdad de lo que vivió. A su vez, el Juez concluyó que es cierto que durante el juicio se conocieron conversaciones sostenidas al parecer entre **H.R.R.**, y **Willy Jharinton**, pero tales elementos no tienen la entidad suficiente para mostrar que los usuarios o páginas de la menor hubieran sido creados para engañar al procesado, y más inverosímil, que un profesional de áreas afines a la ingeniería de sistemas, por más académico que sea, pueda concluir que la edad de una persona pueda ser corroborada porque tiene un perfil de Facebook, Instagram u otra red social; pues sí bien estas establecen una serie de políticas y requisitos para su acceso, no existe un proceso de vigilancia, verificación o acreditación rigurosa de la información consagrada en ellas.

Por los motivos anteriores, el *a quo* adujo que no se demostró la invencibilidad del error, ni que el procesado **Willy Jharinton** hubiese actuado con la debida diligencia para las condiciones fácticas conocidas y por supuesto sobre sus condiciones personales como padre de familia, su formación personal en áreas afines a la ingeniería de sistemas o su experiencia laboral de 12 años en la docencia de educación media con interacción constante con menores de edad e incluso preadolescentes, de la misma manera tampoco puede considerarse que fuera vencible, pues conocía la edad de la menor, o en gracia de discusión, fue consiente que podía tener menos de 14 años y no quiso hacer nada para

corroborar esa situación, desplegando consiente y voluntariamente los comportamientos sexuales con la víctima.

En ese sentido, entonces de las pruebas practicadas en el juicio oral se constata que la conducta desplegada por el acusado **Willy Jharinton Vivas Lloreda** consistió en acceder carnalmente a **H.R.R.**, cuando tenía 13 años de edad (Arts. 208 y 211 Numeral 2º) aprovechando su posición o cargo de docente sobre la víctima para tal fin, por tanto, en su contra procede la condigna sentencia penal.

### **3.7. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la defensa interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria, a su criterio, el Juez de primera instancia incurrió en una violación indirecta de la ley por falso juicio de existencia por omisión a las pruebas documentales de descargo que la defensa allegó, precisamente las contenidas en imágenes de conversaciones en Facebook e Instagram.

En la sustentación del recurso de apelación manifiesta el recurrente que el autor obró sin conocer los elementos del tipo objetivo, específicamente sobre los hechos que constituyen la infracción y sobre las circunstancias de agravación; por este motivo, el presunto error de tipo excluye el dolo al haber desconocimiento sobre la ilicitud del hecho. Es decir que el sujeto obró sin saber que la joven era menor de 14 años, error que obedece a las circunstancias en las que se dio su relación, es decir a través de redes sociales, en las cuales la menor víctima consagró una información personal que no correspondía con la realidad, pues si no hubiese alterado estos datos, su acceso a la plataforma de Facebook sería negado, por las políticas que establecen una edad mínima de 14 años para su ingreso.

Expuso la defensa, que fue la menor quien reconoció ante el estrado haber creado un perfil de Instagram con datos falsos, como el nombre de “Andrea

Cataño”, dicho perfil que reconoció y manifestó durante el juicio, que había sido utilizado para entablar conversaciones con el señor **Willy Jharinton**, diálogo en el cual le transmitía sus disculpas y reconocía haberle manifestado que tenía más de 15 años de edad, aunque posteriormente dijera en juicio que dicha expresión no era suya; argumenta que la menor reconoció el perfil de Instagram, la existencia de dicha conversación y al momento de encontrarse con dicho aparte, que la pone en descubierto, lógicamente opta por mentir.

Concluye el defensor, que las citadas pruebas no fueron valoradas por el *a quo* y además omitió justificar con claridad las razones jurídicas por las cuales se apartaba de esos medios probatorios, a su criterio no basta con manifestar que se le cree a la menor todo aquello que diga porque no se observan razones de enemistad, pues fue ella la que contactó al docente a través de la red social de Facebook, creando un perfil falso, mintiendo una y otra vez acerca de su edad, creando posteriormente un perfil falso en Instagram, mintiendo acerca de su verdadero nombre y demás datos personales, por lo cual se pregunta la defensa: ¿Será acertado en la valoración de una prueba testimonial concluir que se le resta importancia y se omite su valoración probatoria simplemente porque quien la ha producido, reconocido y autenticado posteriormente, al encontrar allí información que la hace ver como una persona mendaz, decide manifestar que dicho fragmento no fue escrito por ella?

La defensa considera que el análisis de los medios probatorios enunciados permitiría claramente reconocer un perfil mendaz de la menor, una tendencia por alcanzar sus metas, aunque tenga que apalancarse en la mentira, ya que insiste el apelante, mintió no solo en su nombre sino también respecto a su edad, en su diálogo por Instagram así lo refleja y, a su vez, refleja arrepentimiento por lo sucedido, ya que **H.R.R.** quería la relación y hacía todo lo pertinente para que esta se diera.

Arguye además la defensa que el *a quo* generó una suposición frente a los testimonios de la docente Aidé del Socorro Pineda Yepes, en el cual según lo

referido por el Juez “no se trataba de información sobre la cual los demás docentes estuvieran en imposibilidad de acceder, pues se explicó claramente que también podía conocerse por los demás profesores cuando estos lo solicitaban indicando los motivos o razones para ello, por ejemplo, cuando debían preparar su diagnóstico de grupo e iniciaban el ejercicio de la práctica pedagógica”. Al respecto considera el censor que, aunque los directores de grupo hacían un diagnóstico, dice no recordar si ese año era obligatorio entregarlo o no a la rectoría, tampoco manifestó la docente saber si el diagnóstico realizado por los docentes que no son directores de grupo sea igual al que realizan los otros docentes, mucho menos se dijo o se acreditó que el señor **Vivas Lloreda** haya realizado diagnóstico el año en cuestión o que el diagnóstico realizado por los docentes que no son directores de grupo contengan la fecha de nacimiento de los estudiantes, por esta razón, consideró la defensa que el *a quo* supone de forma inexplicable el contenido de esos diagnósticos y en especial que podrían o no haber realizado los demás docentes, dando de esta manera un mayor alcance a la prueba del que realmente posee.

Con fundamento en los argumentos presentados, solicitó la defensa que se revoque la sentencia condenatoria y en su lugar se absuelva al ciudadano **Willy Jharinton Vivas Lloreda**.

### **3.8. DELEGADO DEL MINISTERIO PUBLICO COMO SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE.**

Solicitó confirmar la decisión de primera instancia en contra del señor **Willy Jharinton Vivas Lloreda**, en los siguientes términos:

Expresa el procurador que, es claro, incluso para la defensa, que no se discute la ocurrencia de los hechos en tanto efectivamente sucedieron en el marco de una “aparente relación sentimental” entre el enjuiciado y la víctima en el año de 2016, cuando la menor tenía 13 años de edad, siendo él docente en la institución Fénix Henao Botero. Ahora, el debate centra su atención en un presunto error de tipo como eximente de responsabilidad en la medida en que el señor **Willy**

**Jharinton** obro sin saber que **H.R.R.**, era menor de 14 años y que ello “(...) obedeció a la forma como se originó la relación, esto es, comunicaciones a través de la plataforma Facebook, plataforma global con políticas claras que exigen una edad mínima de 14 años y en este caso específico la menor poseía dicha plataforma desde hacía varios años y publicitaba una edad mayor a la cual poseía realmente, dicho que no solamente le permitía navegar a través de la red social, sino que inducía a engaño a los administradores de la red social y a toda persona que hiciera uso de la misma (...)”

Manifiesta el delegado del Ministerio Público que aceptar esta tesis defensiva es ir en contra vía con la sana lógica de una realidad que se vive en un entorno en el cual desde tempranas edades los menores empiezan a hacer uso de las redes sociales y pasan por alto las políticas de ingreso de las redes sociales, esto, alterando la fecha de nacimiento y demás datos necesarios con el fin de interactuar con el mundo virtual. En este entendido, no es dable aceptar que tener una red social hace a una persona mayor de 13 años, para Instagram y 14 para Facebook. Además de eso, su interacción fue más allá de la virtualidad, sino que se conocieron de manera presencial desde el año 2015, es decir que el procesado, pudo evidenciar desde antes del inicio de la aparente relación sentimental, el desarrollo físico de su alumna y en ese orden de ideas ante una posible duda debía haber acudido al director de grupo o a la secretaria del plantel educativo para verificar la edad de la víctima, por lo cual, no se trata de una inducción al error o engaño que haya hecho la menor por el simple hecho de tener redes sociales.

Resalta el procurador que afirmar que haya sido la menor, quien por la indebida y temprana utilización de redes sociales, haya inducido en error al profesor y lo haya llevado a tener relaciones sexuales con ella, resulta absurdo, teniendo en cuenta los conceptos de la especialista en problemas de infancia y adolescencia **Yoleidy Alejandra Perez Garcia**, psicóloga del ICBF, quien atendió a la menor frente a los hechos que convocaron la actuación y manifestó que para ese momento la menor H.R.R., presentaba afectaciones emocionales a causa de la relación sentimental que sostuvo con el docente, manifestaba sentimientos de culpa, en el entendido de haber participado en ella, lo cual no tiene otra

explicación distinta a la de ella haber creído que efectivamente eran novios y por ello tenían relaciones sexuales con frecuencia, extrañándole a ella misma que no se hiciera pública y que no la visitara en su casa; refiriendo la especialista que la menor se encontraba en un proceso aun inmaduro de desarrollo para sostener una relación sentimental, a su vez que su cuerpo no estaba adecuado para las relaciones sexuales y que el hecho de haber conocido a su padre biológico tan solo unos años antes de estos hechos, no convivir con él sino con su padrastro y su abuela de avanzada edad, ya que su madre se encontraba en el extranjero, hicieron que en la menor, esas identidades familiares fueran trasladadas a figuras con autoridad como la de su profesor, en este caso el señor **Vivas Lloreda**.

Con fundamento en lo anterior, se pregunta el delegado del Ministerio Público, si tan convencido estaba que **H.R.R.**, era mayor de 14 años y tenía 15 años, por qué ocultaba su relación ante terceras personas y no visitaba a la joven en su casa, pero sí mantenían relaciones sexuales con la frecuencia que la menor indicó. Tampoco resultan de recibo las manifestaciones hechas por el recurrente, acerca de que la “urgida” de relaciones sexuales era la menor y para satisfacerlas mintió sobre su edad.

A su vez manifiesta el procurador que no es cierto, como lo pretende la defensa, que al haber descubierto en etapa preparatoria las conversaciones antes referidas, entre la menor y el enjuiciado, cuyos mensajes desconoció la menor, la carga de la prueba se invirtiese y fuera la fiscalía quien debería haberse valido de un perito para demostrar la autenticidad o no de esos mensajes y establecer el emisor de los mismos, porque la Corte Constitucional refirió en el fallo T-043 del 10 de febrero de 2020, haciendo una aproximación a la prueba electrónica, aclaró que los pantallazos impresos, como los de WhatsApp podrían considerarse una prueba indiciaria dentro de un proceso y que corresponde al fallador, valorarla en conjunto con otros medios probatorios, esto por cuanto la imposibilidad de determinar técnicamente que el documento impreso no fue alterado.

Precisó que para la producción, incorporación, contradicción y valoración de este tipo de medios probatorios, extraídos de las plataformas digitales, deben ser consideradas en principio, pruebas indiciarias, debido a la informalidad e inseguridad que surge en relación con su origen, autenticidad y mismidad, ya que no existen mecanismos tecnológicos que permitan verificar estas situaciones, como si se podría hacer con la prueba electrónica, y agregó la Corte, que bajo ningún argumento, se puede concebir que el pantallazo, pueda ser tomado como una prueba electrónica, pues para eso se requiere que hubiese un elemento material o hardware, y un elemento intangible, representado por un software consistente en metadatos y archivos electrónicos modulados a través de unas interfaces informáticas.

Afirma que la Corte concluyó igualmente que, en relación con los pantallazos impresos, pueden ser pruebas alteradas, dada la existencia de software especializado de edición, con lo que se podría manipular su contenido, por tanto, se les debe dar un valor suasorio atenuado por el juzgador, además, solo tendrían fuerza probatoria cuando estén acompañados de otros elementos que permitan concluir que el hecho a que se refieren los mismos es veraz. En esa misma sentencia, la Corte dijo que la carga de la prueba del contenido de mensajes de WhatsApp, cuando son impugnados, como es en el caso que nos ocupa, donde **H.R.R.**, negó ser la emisora y por ende no autenticarlos, como falsamente lo adujo la defensa, recae sobre quien pretende beneficiarse de su contenido, que para este caso es el procesado y su representación técnica.

Por todo lo anterior, es que se la Procuraduría considera que no hay lugar a que se acceda a los cuestionamientos y valoración probatoria que pretende la defensa, y en los cuales sustenta su petición de absolucón, por el contrario, no se está ante un error de hecho ya que el enjuiciado tuvo la posibilidad de actualizar su conocimiento frente a la edad de la menor **H.R.R.**, y en consecuencia solicitó confirmar la sentencia recurrida.

## 4. CONSIDERACIONES

### 4.1. Competencia

Está Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la ley 906 de 2004.<sup>4</sup>

### 4.2. Problema Jurídico

El problema jurídico que le compete resolver a la Sala es de carácter probatorio, y consiste en determinar si se probó la configuración de la causal de ausencia de responsabilidad denominada error de tipo en favor señor **Willy Jharinton Vivas Lloreda**, por haber sido engañado por la menor víctima **H.R.R.**, sobre su edad.

### 4.3. Valoración y solución del problema jurídico

**4.3.1.** Previo a cualquier consideración en este asunto la Sala resalta que, en atención al factor funcional, y de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 33 numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, la competencia se restringe en esta oportunidad a lo decidido sobre el pedimento elevado por el recurrente y a aquellos aspectos que sean inescindibles al tema objeto de la impugnación, en pro de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Es decir que, tal como lo estableció el recurrente en el escrito de apelación, no se entrará a discutir los aspectos objetivos de la conducta, pues estos no fueron controvertidos ni desvirtuados durante la actuación de primera instancia, por lo cual, quedó claro que los encuentros sexuales sucedieron; dado lo anterior, el objeto del debate que propone el apelante corresponde establecer la existencia o no de un error de tipo, toda vez que la defensa consideró que el señor **Willy Jharinton**, obró sin conocer los elementos del tipo objetivo de acceso carnal

---

<sup>4</sup> Art. 34 Ley 906 de 2004. De los tribunales superiores del distrito. Las Salas Penales de los Tribunales Superiores del distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia proferían los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

abusivo con menor de 14 años, por lo tanto a su criterio excluye el dolo al haber desconocimiento sobre la ilicitud del hecho.

El recurrente consideró, en otras palabras, que en su favor se configura el error de tipo como eximente de responsabilidad, porque el procesado habría obrado sin saber que la joven era menor de 14 años, y que dicho error obedeció en la forma a que se originó la relación, es decir, a través de redes sociales. Según el apelante, la prueba documental de descargo de la defensa, que consta de imágenes de conversaciones en Facebook sostenidas entre la víctima y el procesado, fueron acreditadas por la presunta víctima y la investigadora de la defensa **Erin Andrea Ochoa Gil**, sin embargo, el *a quo* habría omitido el conocimiento adquirido de esos medios probatorios y se apartó de ellos, a percepción del apelante, sin justificación jurídica alguna.

**4.3.2.** A criterio del apelante, el fallo proferido por el *a quo* incurre en un falso juicio de existencia por omisión porque se apartó y omitió valorar las pruebas documentales de descargo presentadas por la defensa, en particular, las capturas de las conversaciones sostenidas por la víctima y el victimario en Facebook, ya que en ellas se evidencia como el señor **Willy Jharinton** se vio sumido en un engaño. Según la defensa, en el diálogo a través de la red social de Instagram, medio incorporado a través de la investigadora de la defensa en informe de actividades de investigación (folio 35 a 41) donde supuestamente se evidencia el vocabulario de la menor y la ansiedad desmedida por sostener relaciones sexuales con el docente, relaciones más allá del simple diálogo a través del chat; insinuaciones las cuales fueron interrumpidas por el procesado, poniéndole un alto a el afán de la menor.

#### **4.3.3. Reflexiones de la Sala frente al error de tipo alegado por el recurrente**

La ley 599 de 2000 en su artículo 32, consagra aquellos eventos en los que el legislador permite, a pesar de haberse transgredido una norma de entidad punitiva la exclusión de responsabilidad penal, cuando:

*“Se obra con error invencible de que no concurren en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad.*

*Si el error fuere vencible, la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.*

*Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto hecho privilegiado.”*

La Corte Suprema de Justicia precisó sobre el error de tipo que, *“es una falsa percepción de la estructura del delito, y este se presenta cuando el sujeto activo actúa bajo la convicción errada e invencible de que en su acción u omisión no concurren las exigencias necesarias para que el hecho se adecúe en la descripción típica. También ha manifestado que “se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva solo está legalmente establecida en forma dolosa.”*<sup>5</sup>

Por tanto, concurre el error de tipo cuando el sujeto agente de la conducta punible no conoce alguno de los elementos a los que el dolo debe extenderse según el tipo objetivo al que corresponde, en general, consiste en la no coincidencia entre la consciencia y la realidad; como quiera que el dolo es un elemento estructural perteneciente al tipo subjetivo de la conducta.

Para el caso en concreto, la defensa alegó como error de tipo el desconocimiento de la edad de la menor y la imposibilidad que tuvo el enjuiciado para vencer su error, ya que la menor le habría mentado respecto a su edad diciéndole que tenía 15 años y que este infirió a partir de esto y datos personales consagrados en Facebook que efectivamente era mayor de 14 años, como se evidencia de las pruebas documentales aducidas en el juicio por la defensa. Si bien es cierto que Facebook establece una serie de políticas y requisitos de ingreso a la red social, como ser mayor de 14 años, estos no cuentan con una verificación, autenticación de veracidad de la información consagrada en ella, por lo cual, tal como precisó

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP-922 del 20 de marzo de 2019.

el *a quo*, resulta injustificable, que un profesional en áreas afines a la ingeniería de sistemas “confíe ciegamente” que la información consagrada en estas redes sociales, sea verídica, más aún cuando la realidad del uso de las redes sociales ha mostrado, desde algunos años, el ingreso prematuro de menores y adolescentes a la red social.

La víctima negó haber hecho ciertas manifestaciones respecto a su edad a través de la red social de Facebook, lo cual pone en duda la procedencia y veracidad del contenido en las capturas de pantalla de conversaciones de Facebook allegadas por la defensa, la menor fundamentó su dicho declarando que el procesado tenía acceso a sus redes sociales porque “sabía la contraseña”, por lo cual, está Sala considera que el desconocimiento de los dichos de la menor en las pruebas aducidas al juicio, en conexión al ingreso con el que contaba el procesado a las redes sociales en cuestión, resulta razonable inferir que la información consagrada en ellas no es fidedigna, ni otorga una representación de la realidad de los hechos; pues corroborada con las declaraciones de los familiares de la víctima, siendo tecnólogos en estas áreas, manifestaron que conociendo las claves de Facebook, es posible que una persona se auto envíe mensajes para que parezcan enviados por un tercero, o pueden ser alterados por aplicaciones de edición profesional de fotografía, por lo cual se hace difícil determinar su procedencia y por tanto su veracidad.

Además la defensa concluyó que las redes sociales de la menor, donde consagraba información falsa de su identidad, como su edad, su nombre y demás, son prueba fehaciente del alto grado de desesperación e impaciencia de la menor **H.R.R.**, para lograr su objetivo, estar con el procesado **Vivas Lloreda**; sin embargo, no se demostró durante el juicio que la menor haya iniciado el uso de las redes sociales, suministrando datos personales falsos con el fin de persuadir, convencer y seducir a **Willy Jharinton**, por tanto estas apreciaciones de la defensa no encuentran soporte en el acervo probatorio, por lo tanto la Sala no las puede considerar como plausibles. Frente a estas aseveraciones de la defensa, precisa esta Sala indicar, de un lado, que son sumamente chocantes e

irrespetuosas; y, del otro que al parecer olvidan que la exclusión de responsabilidad en delitos contra la libertad sexual cimentada en la conducta anterior de la víctima, en los planos afectivo, social y, especialmente, sexual, más aún si se trata de menores de edad, está proscrita del Ordenamiento Jurídico, por ser contraria a instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano<sup>6</sup>, como así se ha reconocido reiteradamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así, en la Sentencia con Radicado 23706 del 26 de enero de 2006, la Alta Corporación señaló:

*“Con el fin de establecer la responsabilidad penal en los delitos sexuales, ninguna incidencia tiene ahondar en la conducta de la víctima, como así lo indicó la Corte Constitucional en reciente fallo, que bien está traer a colación en lo pertinente:*

*‘Cuando las pruebas solicitadas relativas a la vida íntima de la víctima no cumplen con estos requisitos, y se ordena su práctica, se violan tanto el derecho a la intimidad como el debido proceso de las víctimas, pues la investigación penal no se orienta a la búsqueda de la verdad y al logro de la justicia, sino que se transforma en un juicio de la conducta de la víctima, que desconoce su dignidad y hace prevalecer un prejuicio implícito sobre las condiciones morales y personales de la víctima como justificación para la violación. Cuando la investigación penal adquiere estas características, la búsqueda de la verdad se cumple de manera puramente formal, totalmente ajena a la realización de las finalidades del proceso penal, y por lo tanto violatoria de los derechos de la víctima y, por consecuencia, del debido proceso.*

*‘De lo anterior se concluye que las víctimas de delitos sexuales tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra la práctica de pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurre, en principio, cuando se indaga genéricamente sobre el comportamiento sexual o social de la víctima previo o posterior a los hechos que se investigan. Tal circunstancia transforma las pruebas solicitadas o recaudadas en pruebas constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión’ [Corte Constitucional, sentencias SU-159 de 2002 y SU-1159 de 2003]...”<sup>7</sup>*

<sup>6</sup> Entre otros, Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, artículos 70, literal c, y 71, literal a; Convención de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979; Declaración de Naciones Unidas para la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención de Belém do Pará de 1994, y la denominada Plataforma de Acción de Beijing.

<sup>7</sup> Esta tesis se ha reiterado, entre otras, en las decisiones CSJ. SP, ene. 23 de 2008, rad. 20413; AP, may. 6 de 2009, rad. 26013; CSJ. SP, sep. 23 de 2009, rad. 23508 y SP, may. 6 de 2015, rad. 43880.

Del juicio se constató, que la menor declaró haberle manifestado al señor **Vivas Lloreda**, previo al encuentro sexual, que tenía solamente 13 años de edad<sup>8</sup>; oportunidad en la que aprovechó y le preguntó a él por su edad, a lo que el señor **Vivas Lloreda** contesta que tiene la edad de su mamá (según la menor, aproximadamente 34 años de edad –en ese momento-), además dadas sus condiciones sociales y personales, como su calidad de docente de la víctima o su calidad de padre de familia, resulta inverosímil su imposibilidad de conocer la edad de la menor y de no poder actualizar su conocimiento al respecto, por otro lado, en su contra resulta altamente reprochable y exigible un comportamiento adecuado a las exigencias y condiciones que su rol social requería, como educador de preadolescentes y por tanto, modelo a seguir por muchos de ellos.

Por último, en las declaraciones en juicio del plantel docente de la institución educativa Fénix Botero Henao, de las cuales el procesado pretende hacer entrever que era imposible acceder a la información personal de la menor sin llamar la atención de los docentes y personal administrativo de la institución, se constató de la declaración de John Mauricio Cano, rector de la institución, que el procesado era el administrador de la página web de la institución, por lo tanto la información que él requería para alimentar la página web, se le proporcionaba directamente desde rectoría, por lo tanto, es dable considerar que en algún momento pudo acceder a la información personal de la menor y fue su decisión no hacer nada al respecto, por tanto, llevar a cabo su conducta de manera dolosa.

**4.3.4.** A criterio del apelante, el fallo proferido por el *a quo* incurre en un falso juicio de existencia por omisión porque se apartó y omitió valorar las pruebas documentales de descargo presentadas por la defensa, en particular, las capturas de las conversaciones sostenidas por la víctima y el victimario en Facebook, ya que en ellas se evidencia como el señor **Willy Jharinton** se vio sumido en un engaño. Según la defensa, en el diálogo a través de la red social

---

<sup>8</sup> A partir del minuto 1:28:00 de la sesión de juicio oral del 14 de enero de 2019.

de Instagram, medio incorporado a través de la investigadora de la defensa en informe de actividades de investigación (folio 35 a 41) donde supuestamente se evidencia el vocabulario de la menor y la ansiedad desmedida por sostener relaciones sexuales con el docente, relaciones más allá del simple diálogo a través del chat; insinuaciones las cuales fueron interrumpidas por el procesado, poniéndole un alto a el afán de la menor.

Al respecto la Sala recuerda, tal como lo precisa la Corte Suprema de Justicia, que en el caso del acceso carnal abusivo con menor de catorce años, cuando ha sido consentido, la conducta se reprime exclusivamente por el “abuso” de la inferioridad o incapacidad en que la ley presume que se encuentra la persona menor de catorce años, presunción que no admite prueba en su contra, de la cual, el sujeto activo del delito se aprovecha y no necesita de la violencia para vencer una oposición que la menor no presenta; dado que como lo determinó el legislador, hasta esa edad los menores deben estar libre de entorpecimientos en materia sexual, en ese sentido, esas disposiciones están encaminadas a otorgar protección penal a los menores de catorce años, frente a conductas sexuales abusivas que han sido consentidas por la víctima; contrario a cuando la persona menor de 14 años no acepta los tocamientos o se resiste a ser accedido carnalmente, caso en el que ya no se hablaría de abuso sexual sino de violencia sexual.

De las pruebas allegadas por la defensa consistentes en capturas de pantalla de las conversaciones de Facebook, sostenidas entre **H.R.R.** y el enjuiciado, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia y la Ley 906 de 2004, su valoración se hará conforme las reglas de la prueba documental de los artículos 424 y siguientes de la Ley 906 de 2004. Al consultar los registros, la Sala encuentra que la prueba documental contenida en capturas de pantalla de redes sociales de Facebook (folios 1-35) no cumple con los criterios establecidos en el artículo 432 del Código de Procedimiento Penal, dado que **(i)** no se logró certeza sobre la autenticidad ni la falsedad de la prueba documental, a su vez; **(ii)** no permite obtener un conocimiento claro y preciso del hecho, declaración o

atestación de verdad que hay en su contenido, y; (iii) el dicho no se aprecia con lo que ordinariamente ocurre, por lo tanto el conocimiento que el medio probatorio otorga se vio afectado en su valor suasorio, dado que no se pudo determinar su procedencia, acreditar su veracidad, tampoco desvirtuar su falsedad; en tanto a la luz de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia se hace inverosímil.

Además la técnica en criminalística Erin Andrea Ochoa Gil, quien realizó la respectiva recolección de información para la defensa técnica del procesado, preciso respecto a las capturas de pantalla que: *“fue extraída de las redes del señor VIVAS LLOREDA, pero no fue sometida a ninguna prueba de autenticidad, no tiene el conocimiento respecto de si en el mundo virtual en cuanto a conversaciones se puedan alterar, solo sabe que se pueden eliminar; no podría garantizar la inalterabilidad de esa información y tampoco puede asegurar desde que dirección IP se obtuvo esa información, no puede asegurar que en la información que trajo, esté toda la integridad de la información (...) es posible crear un perfil a nombre de otra persona, y hacer figurar en las redes sociales que alguien ha creado un perfil sin que verdaderamente lo haya creado la persona (...)”* Por lo tanto, queda fuera de toda duda que las pruebas documentales anexadas por la defensa eran plausiblemente alterables, por lo tanto era su deber acreditar su veracidad o desvirtuar la falsedad, de lo anterior, insiste la Sala, no arroja un conocimiento fidedigno de los hechos en cuestión.

Aunado a lo anterior, considera esta Sala que, en efecto, quedó demostrado más allá de toda duda razonable que **Willy Jharinton Vivas Lloreda** sabía que la menor **H.R.R.**, con quien sostuvo relaciones sexuales entre el año 2017 y 2018, era menor de catorce años, pues la menor le había manifestado de manera personal su edad antes de su primer encuentro sexual, y a su vez, dadas sus circunstancias personales, su calidad de padre de familia, su formación en áreas afines a la ingeniería de sistemas y aunada a su experiencia de casi 12 años en educación media interactuando de manera constante con adolescentes y preadolescentes; se permite inferir fundadamente que sí bien este no conocía la edad de la menor; tuvo los medios y sobre todo la capacidad cognoscitiva que le hubieran permitido a partir de sus propias percepciones, sus antecedentes

personales y la concreta información que obtuvo de la menor previamente a consumar la copula sexual, superar el error al que supuestamente la menor lo indujo, sin embargo dejó ese conocimiento al azar, ignorando la posibilidad de que la menor tuviera menos de catorce años, por tanto su comportamiento, a pesar de que no fue diligente, ni negligente, fue doloso.

Con fundamento en lo expuesto, el **TRIBUNAL SUERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley;

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia condenatoria proferida el 16 de febrero de 2022 por el Juzgado Diecisiete Penal del Circuito de Medellín – Antioquia, en contra de **WILLY JHARINTON VIVAS LLOREDA** conforme a los argumentos presentados en la parte considerativa de la sentencia.

**SEGUNDO:** Esta providencia se notifica en estrados y contra ella procede el recurso de casación.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**Los Magistrados,**

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

**NELSON SARAY BOTERO**

**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**

**Firmado Por:**

**Jose Ignacio Sanchez Calle**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 014 Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Hender Augusto Andrade Becerra**  
**Magistrado**  
**Sala Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nelson Saray Botero**  
**Magistrado**  
**Sala Penal**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

Código de verificación: **42248bb45b213483fc12ca76cd622f4bb06b4f4a3a1c9240e05dc87871fbe003**

Documento generado en 29/02/2024 09:46:24 AM

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