



SALA PENAL

RADICADO: 05266 6000 203 2016-07333
PROCESADO: DANIEL RESTREPO GARCÍA
DELITOS: ACCESO CARNAL ABUSIVO CON MENOR DE 14 AÑOS Y PORNOGRAFÍA CON MENORES DE 18 AÑOS
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
ORIGÉN: JUZGADO 1º PENAL CTO DE ENVIGADO
DECISIÓN: REVOCA
M. PONENTE: JUAN CARLOS ACEVEDO VELÁSQUEZ

Aprobado Acta No. 038

Medellín, veintitrés (23) de febrero de dos mil veinticuatro 2024

ANTECEDENTES

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria emitida el pasado 27 de julio de 2022 por el Juzgado 1º Penal del Circuito de Envigado en contra de Daniel Restrepo García.

HECHOS

El funcionario de conocimiento basado en la formulación de acusación transcribió los hechos así:

"ALEXANDRA MILENA RAMÍREZ MUÑOZ, el 19 de noviembre de 2016, por medio de un video publicado en el Grupo Circo Mutante de la red social Facebook, descubrió que su hija

menor de 13 años K.M.R., (...) había sostenido relaciones sexuales en su casa ubicada en Envigado en la Carrera 43 Nro. 40 Sur 65 interior 225 del Barrio Alcalá, con DANIEL RESTREPO GARCIA a quien había conocido días atrás en un concierto en el Barrio Belén de la ciudad de Medellín.”

ACTUACIÓN PROCESAL

El 20 de noviembre de 2017, ante el Juzgado 2º Penal Municipal con función de control de garantías de Envigado, la Fiscalía formuló imputación a DANIEL RESTREPO GARCÍA a título de autor por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y pornografía con personas menores de 18 años, sin allanamiento a cargos.

Presentado el escrito de acusación por los anteriores punibles, asumió el conocimiento de la actuación el Juzgado 1º Penal del Circuito de Envigado, cuyo titular, después de efectuadas las audiencias de acusación, preparatoria y de juicio oral, el pasado 27 de julio de 2022 emitió sentencia condenatoria.

En la cuál por encontrarlo penalmente responsable del concurso de los delitos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y pornografía con personas menores de 18 años condenó a DANIEL RESTREPO GARCÍA a las penas principal de 13 años de prisión, multa de 150 S.M.L.M.V., y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos funciones por el mismo lapso, negándole la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, motivo por el que libró la correspondiente orden de captura.

DECISIÓN QUE SE REVISA

En su sentencia, el Juez de primer grado analizando el punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, consideró que, se acreditó con la presentación del video y las declaraciones de sus intervinientes.

Resaltó que, pese a que la investigación realizada por la Fiscalía fue deficiente, no se puede considerar eximente si se analiza exhaustivamente la totalidad de las pruebas recopiladas.

Ahora bien, indicó que en cuanto a la forma como se conocieron los jóvenes se presentaron dos versiones; la de la menor esto es, que se conocieron a principios del mes de noviembre de 2016 en el evento de altavoz en el Aeroparque Juan Pablo II de Medellín donde K.M.R., se le acercó y se le presentó indicándole entre otros aspectos su edad. Y la del acusado, quien indicó que la menor al publicar en el grupo circo mutante de Facebook una invitación para que alguien la visitara y pasara el día con ella; él respondió y luego de intercambiar mensajes durante algunos días él fue a conocerla.

Destacó la poca credibilidad de la madre de la víctima dado que, se demostró en el contrainterrogatorio que confirmó la versión de su hija no por poseer la información directa sino porque habló con ella.

También tuvo en cuenta una entrevista que se dio a conocer en la diligencia de formulación de imputación en la cual K.M.R., rindió una versión de los hechos; *"que conoció a un chico del grupo en una integración y siguieron hablando y luego le propuso que si tenían relaciones sexuales y ella accedió [...]"*

En razón de lo anterior, se cuestionó el fallador si Daniel conocía sin dubitación alguna la edad de la niña, y concluyó que en efecto se conocieron; bien en un evento o por red social, donde al parecer K.M.R., sí le informó su edad ya sea porque se presentó de esta forma o porque él le preguntó, toda vez que en las declaraciones rendidas por ésta no se observaron contradicciones y siempre hizo tal afirmación.

Refirió apartes de la declaración de Daniel y aseveró que, mientras el ente acusador ofreció elementos de prueba conducentes sobre el previo conocimiento que tuviera Daniel de la edad de la menor; la defensa asumió la ignorancia de la misma, aduciendo un error de tipo.

En segundo lugar, indicó que presentaron dicotomías en cuanto al tiempo y contenido de las conversaciones previas al encuentro sexual, en tanto la menor declaró que después del evento siguieron hablando, pero aclaró que no sobre temas sexuales, el acusado en su testimonio manifestó todo lo contrario. Señaló que tal y como ocurrió en el tópico previo la Fiscalía no descartó la tesis de la defensa.

Llamó la atención del juez que no hablaran de esos temas, pero al parecer una vez se propuso el encuentro, se tornaron estos temas sin reparos, más aún cuando la menor dijo que luego del encuentro sexual inclusive le envió varias imágenes desnuda.

Al respecto, concluyó que las mentadas contradicciones resultaron irrelevantes para descartar la responsabilidad penal, pues se demostró el encuentro sexual dado que en ello coincidieron ambos.

Como tercer punto, resaltó la forma en que K.M.R., se enteró de la existencia del video en la red social Facebook y que pese a que la defensa le impugnó credibilidad quedó claro que tuvo tal conocimiento porque un día se levantó e ingresó a Facebook y vio diversas notificaciones, luego ingresó al grupo y observó que estaban hablando de la peruana haciendo alusión a ella y luego vio el video. Posteriormente bajó al Débora en busca de apoyo y allí uno de sus amigos le informó del video.

Ahora bien, con relación al error de tipo, luego de presentar los postulados de la defensa y de la representante de víctimas al respecto, el fallador consideró pertinente cuestionarse si Daniel actuó con dolo; esto es, que conocía la edad de K.M.R. y aun así desplegó su voluntad para accederla. En este sentido respaldo la tesis de la Fiscalía y la representante de víctimas en que, no hubo duda frente al particular toda vez que la menor fue clara y certera en su declaración y la defensa pese a intentar desacreditar sus dichos no lo logró. Agregó que, si en gracia de discusión se aceptara que en el primer encuentro Daniel no sabía la edad de K.M.R., no puede olvidarse que se predicaron varios encuentros sexuales pese a que la Fiscalía no los imputó.

Refirió la sentencia de la CSJ Rdo. 49.686 del 30 de junio de 2021 para aseverar que, no es suficiente alegar la ignorancia de la edad, sino que erróneamente se crea que la edad es superior a la precisada por el tipo penal, supuesto que pudo aplicarse al primer encuentro, pero no a los sucesivos.

Reforzó su postura argumentando tres aspectos de los postulados por la defensa para acreditar la condición eximente de responsabilidad.

(i) Señaló que si se aceptara que DANIEL no sabía la minoría de edad de la víctima en tanto supuso estaba en Circo Mutante, es altamente probable que personas que no cumplieran los requisitos accedieran al mismo, por lo cual consideró insuficiente la tesis.

En similar sentido, *(ii)* el médico legista verificó los datos antropométricos de la ofendida y advirtió que la edad clínica era de 14 años lo cual coincidía exactamente con la edad que tenía al momento que le realizó el examen.

(iii) En cuanto a las fotografías allegadas por la defensa y que consideró de alto contenido erótico, sentenció que la Fiscalía acreditó que no se tiene certeza de la fecha de su publicación; esto es, si fueron tomadas antes o después del encuentro sexual, por lo que consideró inaplicable alguna eximente de responsabilidad.

Ahora bien, respecto al punible de pornografía infantil destacó que Daniel sin lugar a dudas *(i)* filmó el encuentro íntimo puesto que así lo admitió en juicio y *(ii)* tenía conocimiento que la edad de la ofendida era inferior a 18 años dado que consignó que la ubicaba aproximadamente en 16 años, y *(iii)* el video contiene representaciones reales de una actividad sexual.

Respecto al postulado de la defensa que deja entrever que K.M.R., también tenía una copia del video y por tanto pudo haberlo publicado o compartido a una tercera persona, estimó inimaginable que luego de que exhibiera su intimidad en redes empezara una serie de padecimientos físicos y psicológicos. Además, la misma refirió en juicio que no autorizó su publicación y no se acreditó interés alguno para publicarlo.

Advirtió que en el mencionado video solo se exhibieron los genitales y el rostro de la menor, lo que deja en evidencia el cuidado que tuvo el procesado de proteger su intimidad pese a que la finalidad era el morbo y recordar posteriormente el encuentro.

Por otro lado, con relación al bien jurídico de explotación sexual resaltó los alegatos de la defensa en el cual mencionó la sentencia Rdo. 45.868 de la CSJ e indicó que en la misma en el salvamento de voto se dijo: "De otro lado, cabe precisar que la realización de la descripción típica mediante las conductas de fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar, almacenar, transmitir o exhibir por cualquier medio representaciones reales de actividad sexual, donde se utilicen menores de 18 años, no sólo puede darse cuando los mencionados comportamientos estén destinados para divulgación o intercambio, sino que la norma también contempla la posibilidad de uso personal, como ingrediente del tipo." (...)

Igualmente, relacionó las sentencias de la CSJ Rdo. 47.234 y 51.626 y reiteró que Daniel filmó el video y luego lo publicó, actuando como promotor de la explotación sexual de la víctima quedando acreditada la responsabilidad penal de Daniel Restrepo por el delito de pornografía con personas menores de 18 años desde la tipicidad objetiva-subjetiva y frente a la vulneración del bien jurídico protegido por el legislador

DE LA APELACIÓN

La defensa interpuso recurso de apelación, con la pretensión de que se revoque y como consecuencia, se absuelva a su representado de la responsabilidad penal por los cargos imputados.

En un primer momento, indicó que el juez incurrió en una violación directa a la ley por aplicación indebida, como quiera que, tomó como punto de partida el artículo 381 de la ley 906 de 2004. Motivo por el cual, asumió la responsabilidad de constatar si se presentaron dudas razonables y hacer una reflexión inequívoca de las pruebas practicadas en sede de juicio oral para adoptar una decisión. Sin embargo, aseveró que el funcionario de primer grado contrarió su postulación al exponer que:

"Ahora bien, la Judicatura no puede pasar por alto, algunas situaciones que parecieran contradictorias, -a lo que naturalmente coadyuvó la pobre investigación del ente acusador- pero que realmente no son exculporias, sí se examina con el debido rigor la totalidad del acervo probatorio."

En su sentir, se desprenden tres interrogantes; (i) ¿Cómo se conocieron Daniel Restrepo y la menor K.M.R.? (ii) ¿Cuál es el alcance de las conversaciones sostenidas entre los jóvenes de manera previa al encuentro sexual? y (iii) ¿Cómo se enteró la joven que en la red social Circo Mutante se había publicado el video del encuentro sexual que sostuvo con Daniel Restrepo?

Dice que, el Juez no resolvió ninguno de los anteriores interrogantes de manera pacífica dado que en todos encontró reparos, dudas e inquietudes lo cual es contrario a la norma que planteó como punto de partida.

Ahora bien, frente al primer cuestionamiento, advirtió la impugnante que se tienen dos hipótesis; la de la menor esto es, que se conocieron en el evento Altavoz en el Aeroparque Juan Pablo

II, que K.M.R., se le acercó a Daniel, se presentó y le indicó su nombre, sus gustos y su edad. Y el dicho del acusado, quien declaró que se conocieron porque la menor publicó libremente en un grupo de la red social Facebook que si alguien quería visitarla y pasar el día con ella, propuesta a la que él respondió y sostuvieron una comunicación virtual y luego él fue a conocerla.

Argumentó que el fallador resolvió la contradicción acudiendo al dicho de la madre de K.M.R., para reprochar la poca credibilidad de esta testigo toda vez que, en el contrainterrogatorio quedó claro que confirmó la versión de su hija por la conversación que tuvo con ella y no porque le conste directamente la forma en que se conocieron.

En este sentido, indicó que si la madre replicó el dicho de la hija y el Juez no le dio crédito a esta testigo, no acoge tampoco el de la menor. De lo cual se desprende que de las dos versiones anteriormente planteadas se acogen las del acusado, es decir, se conocieron en la red social Facebook en el grupo circo mutante.

Agregó que para afianzar la postura el funcionario destacó:

"Adicionalmente, la Fiscalía no hizo ningún esfuerzo para desmentir la versión de DANIEL, bien realizando contrainterrogatorio a ese respecto o bien para acreditar con elementos de prueba o prueba indiciaria la falsedad de sus dichos"

Expuso que, si bien es cierto lo anterior, el A quo no desarrolló de manera técnica el concepto de corroboración periférica para hacer más creíble la versión de la víctima. Empero, el Juez impugnó su

credibilidad con una entrevista que fue leída por la Fiscalía en la audiencia de formulación de imputación en la cual manifestó haber conocido "*a un chico del grupo*" en una integración y siguieron hablando (...)".

En tal sentido, se cuestiona la defensa ¿a qué grupo se refirió la menor? Y, dado el contexto del juicio indicó que era Circo Mutante.

Dice que, acertó el Juez al mencionar la poca evidencia de corroboración del dicho de la menor la cual se podía acreditar de diversas formas y que el principio de libertad probatoria no es excusa para la ausencia probatoria.

Afirmó que, pese a las dudas y reparos expuestos en la sentencia, en el folio 18 y 19 la primera instancia calificó de irrelevante la forma como se conocieron los jóvenes, y tomó por cierto que Daniel conocía la edad de la víctima como quiera que así lo manifestó ésta última en todas sus declaraciones y en la anamnesis médico legal. Motivo por el cual consideró que incurrió en una aplicación incorrecta del artículo 381 del C.P.P. dado que, ante la falta de credibilidad de la teoría de la menor, debió darle crédito a la del acusado.

Anotó que de los apartes citados por el *a quo* en el fallo recurrido, se evidencia que, (i) existía una regla de edad para que las personas se vincularan al grupo Circo Mutante y si K.M.R., hacia parte es porque cumplía con el requisito, (ii) en el Facebook de la menor había fotos que llevaron al acusado a inferir que era mayor de 14 años, (iii) no puede delegársele la obligación de constatar la edad de cada miembro de circo mutante a Daniel.

Otro punto de disenso fue en cuanto al alcance de las conversaciones sostenidas entre los jóvenes previo al encuentro sexual, y respecto de lo cual, consideró la defensa que dada la falta de pruebas de corroboración el juez debió extraer proposiciones que resulten dubitadas y verificar si las dudas son razonables para aplicar un modelo de prohibición de exceso.

Argumentó que, aunque en la sentencia se plasmaron contradicciones al respecto, el juzgador las encontró irrelevantes para descartar la responsabilidad penal, lo que en su sentir revela una especial carga de emotividad que mina la credibilidad de la sentencia dadas las imágenes que se compartían, el contenido sexual de las conversaciones y la predisposición que esto les generó para acelerar su encuentro sexual.

Por otro lado, como segundo cargo de la impugnación dijo que el juez de primer grado incurrió en una violación directa de la ley por falta de aplicación en el sentido en el que no discute que Daniel y K.M.R. sostuvieron relaciones sexuales previa planeación del encuentro, y que el acusado propuso grabar el encuentro de intimidad y envió copia del mismo a la menor.

Sin embargo, lo que se debate es el conocimiento que tuviera Daniel de la edad de K.M.R., por lo cual debe aplicarse el artículo 32 numeral 10 del C.P., el cual no consideró el juez pese a que con los testimonios de la señora Alexandra Ramírez, el médico legista y el acusado el cual expuso que asumió que K.M.R., tenía más 14 años, pudo acreditar del *(i)* porque estaba vinculada a Circo mutante si este contaba con reglas implícitas para la vinculación; entre ellas la edad. *(ii)* las fotos que la víctima publicaba en Facebook, *(iii)* la

calidad de interlocutora frente a temas de contenido sexual, y (iv) la apariencia física de K.M.R., al momento del encuentro íntimo.

En razón de lo anterior, indicó la recurrente que se demostró desconocimiento del elemento integrante del tipo por lo cual, se excluye el dolo, y se debe aplicar la exclusión de responsabilidad penal. Empero, el juez lo inaplicó sustentado en el dicho de la menor pese a que no se presentaron pruebas de corroboración periférica.

Como tercer cargo, la defensa postuló que la sentencia adolece de violación indirecta de la ley por error de hecho, dado el falso juicio de identidad por tergiversación en cuanto a la conducta punible pornografía con menor de 18 años. En este sentido, refirió la sentencia de la CSJ Radicado 51626 para indicar que, para que la conducta sea considerada típica es necesario que se incorpore la idea de explotación sexual como propósito final, lo que se desvirtuó con los testimonios.

Aboga que, no se discute que se grabó el video y navegó por internet del celular de Daniel al de la menor, pero, desprender de estas premisas que el acusado publicó el video y que además lo hizo con fines de explotación es tergiversar el alcance demostrativo de la evidencia.

Aclaró que, en el presente caso se trató de una práctica de pareja para el disfrute sexual y filmar el momento en que sostuvieron relaciones sexuales no configura el tipo, máxime cuando en el video también se observan los genitales del joven.

Recalcó que el encuentro íntimo fue planificado; esto es, acordaron la ropa que usarían, el sitio donde lo harían y como lo harían. Y una

vez llegó el momento esperado, Daniel fijó el celular en la cama y decidieron hacer la grabación. Dice que, no es posible explicar cuándo se colgó el video, de qué equipo, y como se puede acreditar que Daniel lo publicó, dado que la Fiscalía no precisó la evidencia digital, no la recolectó técnicamente, no determinó las condiciones exigidas para ser administrador del contenido del mentado grupo, ni llevó un perito que reportara la dirección IP del equipo que colgó el video.

Concluyó que, un tema de alto calado tecnológico no se puede sustentar en indicios sino con evidencia física y, no se demostró con prueba informática que Daniel colgara el video. De lo que se desprende que la sentencia condenatoria por este delito le dio un alcance diferente a la evidencia.

CONSIDERACIONES

La Sala pasará a establecer la juridicidad y acierto de la sentencia de primera instancia, siendo competente para ello, al encontrar que la defensora tiene legitimidad e interés en mostrar su inconformidad, respecto de los delitos por los que está siendo investigado su prohijado y en esa medida se dará inicio con el pronunciamiento del punible de,

Acceso carnal abusivo con menor de 14 años

Punible del que se tiene que, de acuerdo al escrito de acusación, las relaciones sexuales consentidas entre el K.M.R., y el procesado tuvieron ocurrencia a mediados de noviembre del año 2016 en la residencia de la menor ubicada en el municipio de Envigado -

Antioquia. Acontecimientos que, para el funcionario de conocimiento, no obstante, el acusado conocer la edad de la adolescente cuando mantuvo relaciones íntimas con ella incurrió a título de dolo en la conducta por la cual está siendo acusado.

De donde el juzgador construyó la responsabilidad del procesado principalmente a partir de las declaraciones de la menor K.M.R., de su madre Alexandra Milena Ramírez Muñoz y del Médico Legista Erick Castillo Hernández.

No obstante, del material probatorio recaudado en juicio, la Sala encuentra que no se demostró más allá de toda duda razonable, como lo exige el artículo 381 de la ley 906 de 2004, que Daniel Restrepo García era consciente que K.M.R., tenía menos de catorce (14) años, por lo que se anuncia desde ya la decisión de absolverlo por este punible.

Lo anterior en razón a que en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con Rad. 25405 SP23/05/07, fue consolidado que el **Error de Tipo:**

"se caracteriza por el desconocimiento de una circunstancia objetiva (descriptiva o normativa) perteneciente al tipo de injusto, que deja impune la conducta cuando es invencible y también cuando es superable y la respectiva modalidad delictiva sólo está legalmente establecida en forma dolosa."

De lo que se desprende que el artículo 32 del C.P. en su numeral 10 exime de responsabilidad penal, cuando determina que en tanto *"se obre con error invencible de que no concurre 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 haya previsto como culposa.”

Para finiquitar el presente análisis con la determinación que nos presenta la sentencia SP922-2019 con radicado N° 53473, del 20 de marzo de 2019 M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa, indicando que el **Error de Tipo** entonces:

*"Se configura, por tanto, cuando el sujeto activo de la acción desconoce que su comportamiento se adecúa a un delito y excluye el dolo porque afecta su aspecto cognitivo, incidiendo así en la responsabilidad. Por ejemplo, frente al tipo penal del artículo 208 del Código Penal que tipifica el acceso carnal abusivo con menor de 14 años, **se configura cuando el acusado cree que la persona con la que sostiene relaciones sexuales consensuadas supera esa edad.**"*

Partiendo del desarrollo argumentativo sobre el error de tipo como circunstancia eximente de responsabilidad, pasaremos a indicar porque es posible predicar la duda en favor del procesado.

Primeramente, es necesario exponer que la forma en que se conocieron la víctima y el victimario era de vital importancia porque es allí donde podía darse un discernimiento respecto de si ella, sí le dijo su edad o no, lo cual no fue debidamente clarificado, ya que las partes involucradas expusieron versiones completamente disimiles, con las que abrieron una brecha invencible de duda en la medida en que no es viable proveerle credibilidad a ninguno de los dos en tanto ella aseguró que:

"FISCAL: ¿conoces a Daniel Restrepo García?

KATERIN: si señora, nos conocimos en un evento musical que se llama el altavoz hace cada año la alcaldía de Medellín, ese año fue en el parque juan pablo segundo ubicado en belén

FISCAL: ¿cuándo se conocieron?

KATERIN: a principios de noviembre de 2016

FISCAL: ¿Cómo lo conociste?

KATERIN: yo me le acerqué porque estaba muy sola y como es costumbre hasta ahora le dije mis gustos, mi nombre y mi edad, para ese momento, que era hacer yoga, pintar y cosas similares."¹

Mientras que Daniel Restrepo García afirmó que:

"DRA HILDA: ¿Daniel usted conoce a la jovencita K.M.R.?

DANIEL: Si la conozco

DRA HILDA: ¿Hace cuánto tiempo la conoce?

DANIEL: Hace aproximadamente 4 años o 5

DEFENSA: ¿Cómo la conoció?

DANIEL: Nos conocimos a través de un grupo de Facebook llamado circo mutante, ella público libremente que, si alguien quería ir a visitarla, que, si quería pasar el día con ella, yo respondí a la publicación y efectivamente estuvimos hablando un par de días y fui a conocerla.

DEFENSA: ¿usted nos indica cómo fue la relación que ustedes dos empezaron a construir?

DANIEL: Empezamos a conocernos, cuando nos vimos de frente la conversación se tornó bastante sexual muy pronto, en ese tono iba toda la conversación."²

¹ Minuto 2:20:00

² Minuto 1:15:00

Aunado a lo anterior pudo denotarse falta de coherencia de la menor respecto de cómo se enteró de la publicación del video, al exponer una versión durante el interrogatorio que brindó en juicio y otra en la entrevista que rindió preliminarmente, de la que incluso la defensa se vio en la imperiosa necesidad de impugnarle credibilidad.

Es así como la versión del señor Daniel Restrepo respecto de cómo se conocieron tampoco puede ser tenida en cuenta, en tanto fue fundante la contradicción a sus dichos por parte de la menor, a pesar de que era la Fiscalía el ente que debió haberse esforzado en desmentirlo, si era su intención defender la teoría en la que propuso que era él y no ella, quien tuvo diferentes contradicciones respecto a temas relevantes como el de haber indicado su edad al sentenciado.

A sabiendas que fue el único momento en el que -de manera un poco inesperada e inusual- la menor supuestamente le dijo su edad al procesado, no le falta razón a la defensora cuando sostiene que no hay constatación dentro de los testimonios rendidos de la veracidad del conocimiento que hubiese tenido su prohijado de la edad de la menor.

La principal prueba de cargo sobre la edad de la víctima fue su propio testimonio, el cual no solo fue contradicho por el procesado, sino que en el conainterrogatorio que le formuló la abogada cuando le refirió su versión de que en el lugar donde dijo conocerlo también le informó con cuantos años contaba; él por el contrario no menciona siquiera haber escuchado que ella le hubiese dicho su edad, dentro de su presentación.

Pero la realidad es que la testigo no es del todo convincente al respecto, pues es claro que se muestra confusa ya que se insiste en que la abogada en el contrainterrogatorio se vio en la imperiosa necesidad de impugnarle credibilidad.

En ese sentido resulta indicativo que la menor pudo haber mentido en sus declaraciones, lo que genera duda respecto a la informado en sus versiones, es más, el procesado asegura categóricamente que no salieron antes de conocerse a lo que ella dijo que si estuvieron en el concierto.

Al ser esta la realidad que emerge del plenario no puede sostenerse, como lo hace el juez, que fue completamente acreditado que el procesado conocía la edad de K.M.R., por lo que, en suma, no alcanza a configurar ni siquiera prueba indiciaria porque lo anterior no satisface los estándares de las inferencias lógicas. Se trata de una conclusión carente de soporte y sin capacidad de demostrar que el procesado conocía que K.M.R., era menor de 14 años.

De esta manera, el falso juicio de identidad se configura dadas las significantes contradicciones en los testimonios, y que no fueron tenidas en cuenta por el juzgador, generando vacilación en torno a si en verdad K.M.R., le informó que ella solo contaba con 13 años.

Las partes en este proceso se ocuparon de acreditar con prueba pericial, a través del testimonio del médico Erick Castillo Hernández, la edad de la adolescente en el momento que la menor fue examinada por él, cuando para entonces la joven al haber nacido el 1 de febrero de 2003 hacia tan solo 2 meses había cumplido los 14 años, dada la corta diferencia entre los 13 y los 14 años, el margen de error es alto, y lo que importaba realmente determinar era si el

procesado, no otra persona, conocía la edad de la menor cuando mantuvo relaciones sexuales con ella, siendo evidente la diferencia entre la opinión de un experto y la que podría ser del común de las personas.

En este caso, por lo demás, el médico legista señaló *-la edad de 14 años-* no solo con base en la observación de las características morfológicas de la adolescente, sino que, como lo dejó visto en el informe pericial, adujo:

"DR CASTILLO: Nos basamos en los caracteres según la edad clínica, la menor en la tabla de Tanner nos da un Tanner 4, nos basamos en la guía para dictamen de edad.

DEFENSA: ¿para dar ese informe debe tener en cuenta unas medidas antropométricas?

DOCTOR CASTILLO: si, así es, tiene un peso de 59 kilos y una estatura de 1,63 cm

DEFENSA: ¿le cuenta usted a la señora fiscal que la menor tiene una edad clínica de 14 años?

DOCTOR CASTILLO: Si, así es"³

(...)

"DEFENSA: ¿Usted de acuerdo con su análisis pudo ver que la menor tenía una edad aproximada de 14 años?

DR CASTILLO: Así es."⁴

Muchas otras situaciones se podrían mencionar aquí para poner en duda la responsabilidad del procesado, como que la menor necesariamente mintió sobre su verdadera edad cuando abrió la

³ Minuto 49

⁴ Minuto 56

cuenta en la red social Facebook - Circo Mutante - puesto que debió hacerse pasar con una edad mucho mayor a la real, haciendo posible que el procesado incurriera en el error de que ella era mayor de 14 años, además estaba a poco menos de dos meses de cumplir esa edad ya que los hechos se dieron a mediados del mes de noviembre de 2016.

Esta mendacidad, en la que en su perfil de Facebook puede observarse su intención de querer verse como una persona mayor a la edad que tenía realmente, solo afianza que quizá haya mentido al haber indicado que al conocer al joven le hizo saber su verdadera edad de manera inmediata.

Dejando ampliamente abierta la posibilidad entonces, que Daniel Restrepo García desconociera cuál era la edad real de K.M.R., para el momento en que la accedió carnalmente, debiéndose colegir de bulto la existencia sobre la configuración en el error de tipo, al surgir la duda, por cuanto los elementos materiales probatorios presentados en juicio no permitieron esclarecer si Daniel tuvo pleno conocimiento que K.M.R., era menor de 14 o no.

Esa situación impone aplicar el artículo 7 de la Ley 906 de 2004, en virtud del cual la duda se resuelve a favor del acusado porque no se cuenta con la certeza exigida por el artículo 381 del mismo estatuto para condenar.

De lo que se colige que la Sala pasará a revocar este punible que viene de examinarse, por duda probatoria y, en su lugar, absolverá a Daniel Restrepo García del cargo de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en aplicación del artículo 7^o de la Ley 906 de 2004.

Respecto de la **Pornografía con Menores de 18 Años**

Se tiene que, en efecto, la discrepancia de la recurrente se concentra en que el delito base por el que fue condenado su defendido, definitivamente, no fue probado.

Precisamente tenemos que la prueba que fuera traída a juicio por parte del ente fiscal no era tendiente a demostrar que Daniel era el responsable de la publicación del video, como puede verse, sus testigos fueron la señora Alexandra Ramírez Muñoz -Madre de la menor-, Erick Salvador Castillo Hernández -Médico Forense- y K.M.R., la menor víctima.

Testigos que probatoriamente no manifestaron certeza de la responsabilidad de Daniel, lo cual bien pudo corroborarse en la declaración de los declarantes a los que se les indagó sobre el tema.

"Defensa: ¿técnicamente usted puede acreditar que efectivamente Daniel tomó ese video de su celular y lo colgó en la página de circo mutante?"

Mamá de la menor: No⁵

(...)

"Defensa: Cuando usted pudo revisar la plataforma, ¿no pudo verificar que fuera Daniel Restrepo el que pudo colgar ese video, ¿verdad?"

Menor Víctima: No

Defensa: Eso significa que usted hoy no tiene la certeza que fuera Daniel la persona que colgó el video, ¿verdad?"

Menor Víctima: No⁶

⁵ Minuto 1:44:00

⁶ Minuto 53:00

(...)

"Defensa: ¿Explíquenos por favor ella porqué lo incriminaba a usted de haber colgado ese video?"

Daniel: Entiendo, porque me podía culpar a mí, porque yo tenía una copia, pero no entiendo porque decía que yo lo había colgado si yo ni siquiera sabía dónde estaba colgado, no tenía ni idea de eso el día de la citación

Defensa: ¿en algún momento a usted lo llamaron a ver si desde su dispositivo se había subido ese video, alguna inspección técnica?"

Daniel: No, como tal de la Fiscalía no me llamaron para ninguna inspección, pero cerca del centro comercial Monterrey queda una cosa de la Fiscalía y allá lleve el celular para constatar que no había sido desde la dirección IP de mi celular, pero realmente eso no arrojó resultados."

Delito que procederemos a delimitar respecto de la publicación o divulgación para luego ubicarnos en lo que concierne a la filmación del video allegado al proceso como elemento material probatorio, así:

ii) El primer cuestionamiento que será evaluado por la Sala es de carácter fáctico y consiste en determinar si hay dudas respecto a que fue Daniel Restrepo García quien público o colgó el video en el que K.M.R., y él, estaban sosteniendo la cópula sexual o por el contrario existe la certeza de que el procesado sí materializó tal accionar.

Ello porque el Tribunal al examinar de manera dispendiosa y concienzuda; pudo determinar definitivamente que no encontró la existencia de actos investigativos que acrediten la ejecución de este proceder por parte de Daniel Restrepo García.

⁷ Minuto 1:37:00

A pesar de que en materia penal rige el principio de libertad probatoria, el cual permite acreditar los enunciados fácticos de la acusación a través de cualquier medio de conocimiento objetivo; la Fiscalía no hizo uso de ello y por ende en este caso el ente acusador no logró probar más allá de toda duda, es decir, con exactitud que Daniel fue el responsable de esta publicación y en la que él también podía verse perjudicado.

A propósito de que no existe prueba alguna, sea replicar, que el deber ser de la Fiscalía era rastrear los detalles de la publicación, incluido el identificador de la misma y al no hacerlo, desvirtuó su propia teoría en la que Daniel Restrepo era quien divulgó el video en la plataforma, puesto que en juicio ello no fue probado.

Como quiera que pudo la Fiscalía solicitar como testigo al gendarme que identificó el video, mismo que debió rastrear de donde fue publicado identificando tecnológicamente de que dirección exacta se subió a la red o si este fue enviado a un tercero. Datos que fácilmente hubiera proporcionado un perito en sistemas quien hubiera suministrado la dirección IP del equipo.

Así mismo, al no haberse presentado labores investigativas que indiquen quien, o desde qué dispositivo fue colgado el video en la red social, no puede endilgársele al procesado tal accionar.

Aprovecha la Sala tales cuestionamientos para llamar la atención en la falta de rigurosidad de la Fiscalía, quien al haber expresado en los alegatos de apertura que, a través de prueba indiciaria, se iba a poder concluir que Daniel subió el video a las redes sociales sólo que por haberlo filmado y porque no fue denunciada la pérdida de

su celular, pero se itera, sin ninguna prueba entregada en juicio de semejante acusación.

De lo que se colige de manera insistente que, la Fiscalía no se dio a la tarea de recaudar las pruebas necesarias, de las cuales -como se sabe- quedan registros digitales, con los que no quedaría duda alguna al juez sobre la realización de la conducta de la publicación de la grabación.

Dislate de la Fiscalía que sustenta la absolución por parte de esta instancia, ya que para esta Magistratura no se probó la responsabilidad penal del acusado por las conductas punibles que fuera condenado, por lo que es necesario emitir en esta instancia sentencia absolutoria; ya que esa duda razonable acerca de la ocurrencia de tal eventualidad tuvo que haberla disuelto el ente acusador.

ii) Es así como la Fiscalía entonces al no haber demostrado que Daniel Restrepo fue el autor de la divulgación del suscitado video, definitivamente no se configura el delito de pornografía en tanto debía divulgarse tal filmación para declararlo punible.

Nótese que, en lo concerniente a la ***filmación***, quedó probado según lo declarado en juicio que quien filmó la relación sexual sí fue Daniel Restrepo, pero no fue demostrado en la etapa de juicio que el objeto de la misma haya sido la de divulgar el video.

En la medida en que para el caso que nos ocupa el ***artículo 218 C.P.*** va más allá de lo que plantean sus verbos rectores, y es por ello que se debe interpretar como jurisprudencialmente sostiene la Corte Suprema al establecer que al ser esta una circunstancia

determinante tenemos que recapitular que conforme a los actos puntuales de los que trata este artículo 218 ibídem, debe interpretarse según el contexto de lo ocurrido, los sujetos involucrados y las circunstancias acaecidas:

"De manera que no porque el tipo penal de pornografía haga parte del capítulo cuarto del Título IV que trata de la "explotación sexual", eso significa que dicha conducta sea atípica si no incorpora la idea de explotación sexual como propósito final.

*Desde luego que la mayoría de conductas descritas en el artículo 218 del Código Penal tienen que ver con la explotación sexual y el uso comercial de la pornografía –principal razón de ser de la inclusión de esta conducta en el capítulo de la explotación sexual, **pero eso no limita otras lecturas posibles a partir de la expresión para su propio uso,** frase que complica el ensayo de reducir el desvalor de la conducta exclusivamente a la finalidad, dejando de lado modalidades ofensivas de la conducta."*⁸

Pues filmar o conservar videos e imágenes de su pareja sexual no involucra ninguno de los punibles tipificados penalmente, a menos que los **divulgue**, puesto que según la Corte Suprema de Justicia sería contradictorio sancionar a un individuo que le filme o fotografíe a su compañera sentimental poses explícitas de actividades eróticas sexuadas, sabiendo que este individuo ostenta libertad sexual.

⁸ Sentencia Radicado 51626 del 4 de noviembre de 2020.

Estableciendo que el objetivo del artículo 218 no está encaminado o dirigido a censurar los actos que sean filmados con tinte sexual siempre y cuando sean de común acuerdo con su pareja, claro está, sino que tal contenido sea reproducido o divulgado y es allí cuando se articula como pornografía, es decir, que el punible se materializa cuando trasciende a una esfera comunicativa, donde la persona que lo registró hace partícipes a terceras personas, o de lo contrario no cuenta con la connotación de pornografía; lo que no fue demostrado durante el desarrollo del juicio.

Porque se repite, filmar en sí no constituye delito, éste se da cuando se divulga, solo ahí es cuando se convierte en delito o de lo contrario tales acciones hacen parte de la intimidad a la que todos los ciudadanos colombianos tenemos derecho y esta a su vez a la constitucionalmente reconocida libertad sexual.

Puesto que claramente puede denotarse que se trata de un joven que con su actuar no comporta los punibles por los que se le acusa o por lo menos ello no fue debidamente ni debatido ni demostrado en juicio que Daniel sí hubiese publicado el video, condición sine qua non para que sea articulado el delito de pornografía.

Se insiste, en que ello mengua la finalidad principal del delito, motivo por el que esa connotación excluye la viabilidad de interpretar el tipo penal, y aminora por completo el desvalor dejando de lado las modalidades ofensivas o punibles de tal conducta.

Motivo por el que, luego de examinar el material probatorio allegado pro la Fiscalía, la estructura típica del delito imputado, al analizar el contexto y los fines de la debatida filmación, la Sala encuentra que

deviene atípico el punible de pornografía con personas menores de 18 años, atribuido a Daniel Restrepo Gómez.

Sin otras consideraciones, la Sala pasará a REVOCAR la sentencia condenatoria de primera instancia, en tanto absuelve a Daniel Restrepo García de los cargos de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y pornografía con personas menores de 18 años.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Revocar la sentencia proferida por el juzgado 1º Penal del Circuito de Envigado el 27 de julio de 2022 y, en su lugar, **absuelve** a Daniel Restrepo García de los cargos formulados por un representante de la Fiscalía General de la Nación por los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años, y pornografía con personas menores de 18 años, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia; y, en consecuencia, dispone su libertad inmediata y la cancelación de las anotaciones originadas con ocasión de este proceso.

A su ejecutoria, regrese la carpeta y sus anexos al juzgado de origen, para lo de su cargo.

Contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

El Magistrado ponente citará a la audiencia de que trata el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, que reformó el artículo 179 de la ley 906 de 2004, en la que dará lectura y notificará en estrados el contenido de este fallo.

CÚMPLASE.

(Firma electrónica)
JUAN CARLOS ACEVEDO VELASQUEZ
Magistrado

(Firma electrónica)
ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado

(Firma electrónica)
LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

Firmado Por:

Juan Carlos Acevedo Velasquez
Magistrado
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Oscar Bustamante Hernandez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Leonardo Efrain Ceron Eraso
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: **2cb0db570dcc5b71fa4fc3a95cdb16bfb594f1f1639ea42408ae25c7c14d7dc0**

Documento generado en 23/02/2024 04:43:50 p. m.

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