

**REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL DEL
PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA PENAL**

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ

Radicación : 11001-60099069-2020-02599-01 (5920)
Procesado : FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO
Primera instancia : Juzgado Cincuenta y Siete Penal del Circuito de Bogotá
Delito : Actos sexuales con menor de 14 años agravado y otros
Motivo : Apelación sentencia – Ley 906 de 2004
Decisión : Modifica y revoca parcialmente
Aprobado Acta No. : 005

Bogotá D. C., dieciocho (18) de enero de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO, contra la sentencia proferida el 10 de febrero de 2022 por el Juzgado Cincuenta y Siete Penal del Circuito de Bogotá, por medio de la cual condenó a su representado por los delitos de pornografía con personas menores de 18 años y actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, en calidad de autor.

II. HECHOS ATRIBUIDOS

Según la Fiscalía, entre el año 2019 y 2020, FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO le pedía a la menor de edad DSPA -10 años de edad-, a quien había conocido cuando desempeñaba el trabajo de

vigilante en un parque cercano a la residencia de aquella, que le enviara fotos íntimas. Ella accedió y le enviaba fotos desnuda y videos en la misma condición, realizándose tocamientos en su vagina y exhibiendo los senos. Ello ocurría a través de las redes sociales de Facebook y Snapchat.

Se afirma que, entre octubre y noviembre de 2019, DSPA aceptó amistad, a través de la red social de Facebook, a un usuario que se hacía llamar Dana Buitrago, quien empezó a hablarle a la menor sobre sexo y pornografía; le enviaba videos con contenido sexual y le pedía que le enviara fotos de la misma índole. Al parecer dicho usuario era el mismo FRANCISCO JAVIER.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

1. El 7 de julio de 2021, ante el Juzgado Veinte Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se celebraron las audiencias concentradas de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra

FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO.

La Fiscalía le imputó los siguientes cargos, en calidad de autor: actos sexuales con menor de 14 años –inducir a prácticas sexuales- agravado –por la confianza-; pornografía con personas menores de 18 años, demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad agravado –por la edad de la menor- y extorsión, todos ellos en concurso homogéneo y sucesivo; y acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado. Lo anterior, conforme los artículos 209, 2018, 2017A y parágrafo -numeral 4-, 208, 211 numeral 2 y 244 del Código Penal (en adelante CP)¹. El imputado no aceptó los cargos.

¹ Registro 42:38.

Fue afectado con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2. La Fiscalía presentó escrito de acusación, el que correspondió al Juzgado Cincuenta y Siete Penal del Circuito de Bogotá. El 16 de septiembre de 2021 se formalizó la acusación en los mismos términos de la imputación.

3. La audiencia preparatoria tuvo lugar el 21 de octubre de 2021 y el juicio oral se desarrolló en las sesiones de 4, 11 y 25 de noviembre, y 9 de diciembre de 2021. Finalmente, la sentencia se profirió el 10 de febrero de 2022. La defensa apeló.

IV. SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Cincuenta y Siete Penal del Circuito de Bogotá declaró penalmente responsable a FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO, por los delitos de pornografía con personas menores de 18 años y actos sexuales con menor de 14 años, en concurso homogéneo y sucesivo, en calidad de autor.

En consecuencia, le impuso las penas principales de 246 meses de prisión y multa equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes (en adelante smlmv); y las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso e inhabilidad para desempeñar cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad, por el término de 20 años –artículo 219C del CP-.

Asimismo, absolvió al procesado por los cargos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad

agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y extorsión.

Los fundamentos de la decisión fueron los siguientes:

1. Luego de hacer un recuento de las pruebas practicadas en el juicio oral, se refirió a los delitos de demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad agravado, acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado y extorsión. Indicó, respecto de los dos primeros, que la Fiscalía no logró demostrar su ocurrencia, y, sobre el último, que ni siquiera se dijo en la acusación, ni en el juicio, en qué consistía.

2. En relación con la circunstancia de agravación prevista en el artículo 211-2 del CP, atribuida para el delito de actos sexuales con menor de 14 años, señaló que, de acuerdo con los elementos de convicción obrantes en el proceso, no es posible concluir que el procesado ostentaba sobre la menor una posición que la haya impulsado a depositar en él su confianza: no es suficiente que fuera su vecino o trabajara cerca al lugar de residencia de aquella, era una simple relación de conocidos.

3. Sobre el delito de actos sexuales con menor de 14 años, dijo que la víctima informó que, cuando tenía 11 años, FRANCISCO JAVIER había realizado tocamientos en sus senos –por debajo de la ropa- y la había besado en la boca –lo cual quedó registrado en una fotografía exhibida en el juicio-; lo que ocurría dentro de la caseta donde aquel ejercía su labor de vigilancia. Luego de tocarle los senos le dijo que era bella y que era de él. Además, en video llamadas le pedía que se desnudara y le mostrara su vagina y le hacía manifestaciones como “qué rico”.

Todo ello demuestra la intención del acusado de satisfacer su instinto sexual, aprovechando la inmadurez y vulnerabilidad de la menor de edad, y no, como lo planteó la defensa, la de injuriarla.

4. En relación con el injusto de pornografía con personas menores de 18 años, señaló que se encuentra acreditado que, luego de que DSPA sostuviera comunicación por la plataforma de Facebook, con quien dijo llamarse Dana Buitrago, y le enviara fotos y videos con contenido sexual, FRANCISCO JAVIER la chantajeó con contarle a su progenitora lo que estaba haciendo por redes sociales. Le exigía que le enviara imágenes y videos desnuda en los que se tocara su vagina y senos para no delatarla –contenido que fue proyectado en el juicio oral-, a lo que ella accedió por miedo a ser descubierta por su familia y conocidos.

Aunque la Fiscalía no pudo inspeccionar el teléfono celular del acusado –ya que un juez de control de garantías declaró ilegal lo obtenido en el celular-, se acreditó la responsabilidad penal del procesado en el delito bajo examen, como quiera que la menor de edad fue enfática y coherente al manifestar que le envió imágenes y videos desnuda a Francisco Javier, con quien, además, sostenía video llamadas diarias, de aproximadamente media hora de duración, en las que él le pedía que se desnudara y se tocara el cuerpo.

5. La Fiscalía demostró con la declaración de la psicóloga y funcionaria de la IPS Psicorehabilitar, Leidy Paola Beltrán Beltrán, “la huella psicológica del abuso sexual”.

6. Por ser relevante para resolver el presente recurso, *en lo que hace referencia a la dosificación punitiva*, razonó de la siguiente manera:

a. Luego de indicar los cuartos de movilidad de los delitos objeto de condena, esto es, actos sexuales con menor de 14 años y

pornografía con personas menores de 18 años, partir del primer cuarto de movilidad dada la ausencia de circunstancias de mayor punibilidad, y valorar los factores señalados en el inciso 3° del artículo 61 del CP, específicamente la gravedad de la conducta y el daño causado, impuso la pena máxima del primer cuarto del delito de pornografía (delito que establece la pena más grave), es decir 150 meses y 400 smlmv.

b. En razón del concurso con el punible de actos sexuales con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, *“por el beso en la boca y el tocamiento en los senos de la menor”*, incrementó 48 meses por cada acto sexual (2), por lo que fijó la sanción en 246 meses de prisión y multa equivalente a 400 smlmv.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El defensor de FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absuelva a su prohijado de los cargos por los que fue condenado. De manera subsidiaria, pidió que se examine la dosificación de la pena, a la luz de lo previsto en el artículo 31 del CP.

1. Frente la solicitud de absolucón alegó lo siguiente:

a. De la declaración de la menor surgen múltiples dudas sobre la ocurrencia del delito de actos sexuales con menor de 14 años. Aquella dijo que fue al lugar de trabajo del procesado porque quería tomarse una foto dándole un beso para luego enviarla al usuario de Facebook Danna Garcia, por lo que tal acto fue insinuado por DSPA.

Frente al tocamiento en el seno, *“considera la defensa no deja de ser un posible accidente, tal como lo he manifestado, en el momento en que la menor iba a la caseta sin ser requerida por el señor FRANCISCO*

JAVIER”.

b. En relación con la conducta punible de pornografía con personas menores de 18 años, en desarrollo de la investigación penal, no se halló en el teléfono celular de su defendido las fotografías que sí fueron encontradas en el móvil de la menor de edad. Agregó que fue ella quien filmó su cuerpo y ejerció actividades de índole sexual.

A pesar de que DSPA lo afirmó, no se demostró que los videos hubiesen sido enviados a FRANCISCO JAVIER.

c. Ante la existencia de dudas sobre la materialidad de los punibles, debe aplicarse el principio de *In dubio pro reo*.

2. Respecto del ejercicio de dosificación de la pena sostuvo que:

“(E) en aplicación del artículo 31 del CP, aplicó una fórmula aritmética de tal forma que excedió en más de la mitad, en la aplicación de la pena del delito de mayor entidad, es decir, el de pornografía con persona menor de 18 años, aun así, estando concursada con el delito de actos sexuales, perjudicando así a mi prohijado”.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

6.1- Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34 - 1 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra la sentencia dictada en este proceso, por cuanto fue proferida en primera instancia por el Juzgado Cincuenta y Siete Penal del Circuito de esta sede, por lo que

en virtud de los artículos 176 y 179 del mismo código se procede a examinar los puntos del disenso.

6.2.- Problema jurídico

En atención al objeto de la apelación y en razón al principio de limitación, conforme al cual el funcionario judicial solo puede pronunciarse respecto de lo que es materia de inconformidad y aquello que esté inescindiblemente vinculado, la Sala de decisión se ocupará de determinar si, con los medios de convicción que fueron presentados durante el juicio oral, existe prueba suficiente, que supere cualquier duda razonable, que indique que FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO incurrió en los punibles de actos sexuales con menor de 14 años y pornografía con persona menor de 18 años contra la menor DSPA.

6.3 De la responsabilidad penal

6.3.1. Cuestión Preliminar

Previo al análisis del asunto que convoca la atención de la sala, es necesario hacer dos precisiones:

1. Revisadas las audiencias de formulación de imputación y acusación, se advierte que la Fiscalía no dio a conocer, de manera clara, los hechos jurídicamente relevantes respecto del delito de pornografía, pues, tratándose de un tipo penal de conducta alternativa, no concretó el verbo rector o, dicho de otro modo, la acción que presuntamente desplegó el procesado.

No obstante la existencia de tal defecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que, en el evento en que surja tensión entre la invalidez de lo actuado por vicios de estructura o de garantía que afecten exclusivamente al procesado, y la de exonerarlo de responsabilidad penal, debe preferirse la segunda –principio de prioridad- (CSJ SP, 10 mar. 2021, rad 54658; CSJ SP, oct. 21 de 2013, rad. 32983).

En virtud de lo anterior, como quiera que se acogerá la solicitud de absolución formulada por el apelante respecto del punible de pornografía con persona menor de 18 años, por las razones que se expondrán más adelante, el tribunal se abstendrá de pronunciarse sobre la validez de lo actuado.

2. Si bien la Fiscalía llevó a juicio el testimonio de Clara Marcela Ortiz, funcionaria investigadora del CTI, con quien introdujo la entrevista practicada a DSPA, así como de la médica legista, Gloria Lucía Mateus González, la cual dio lectura a la anamnesis del informe pericial sexológico, lo cierto es que éstas no serán objeto de valoración, pues, la incorporación de declaraciones previas –como prueba de referencia- únicamente es posible cuando se presenta alguna circunstancia de indisponibilidad del testigo, de las mencionadas en el artículo 438 del CPP, o cuando se produzca un evento de disponibilidad relativa.

Como se verá más adelante, esto no ocurre en el presente caso dado que DSPA acudió al juicio oral y estuvo dispuesta a responder las preguntas que la fiscalía y la defensa le formularon, además que no expresó alguna limitación para rendir su testimonio o rememorar los hechos.

Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SP, 12 may 2021, rad. 49360, puntualizó:

“Sobre esa base, la Corporación igualmente ha precisado que la protección de los derechos de los niños puede justificar la limitación, mas no la eliminación de las garantías judiciales mínimas del procesado. Por tanto, la posibilidad de incorporación de las exposiciones anteriores de víctimas menores de edad aun cuando concurren al proceso, debe sujetarse al cumplimiento de los pasos debidos para la admisión de esa modalidad probatoria.

(...)

En ese entendido, lo esencial, a este efecto, es que la disponibilidad del testigo en el juicio no sea plena sino relativa «por su edad, porque el paso del tiempo le impida recordar lo sucedido» o por cualquier situación análoga que le imposibilite o dificulte atestar de manera adecuada.

Por otro lado, la apreciación y valoración de una manifestación previa como prueba de referencia presupone que la parte interesada haya solicitado su aducción (en la audiencia preparatoria o en el juicio oral, si es que la circunstancia excepcional de admisibilidad sobreviene en esta última), y tal pretensión debe satisfacer una carga argumentativa precisa:

«En la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 se estableció el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En esencia, se dijo que: (i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte. Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente»”.

De manera que, si tal condición no se presentaba, la primera instancia no debió permitir la incorporación de las referidas entrevistas. En ese orden de ideas, no serán tenidas en cuenta. Únicamente se valorará la declaración de DSPA en el juicio oral, a la luz de lo dispuesto en el artículo 404 del CPP y de los demás medios de prueba, como lo ordena el canon 380 de la misma codificación.

6.3.2. De los hechos objeto de atribución

En el escrito de acusación, el cual no fue objeto de modificación, se planteó una situación fáctica, la que coincide totalmente con lo dicho en la formulación de la imputación. Se realizó en los siguientes términos:

“Presuntamente, la menor DSPA, de 10 años de edad para la época de los hechos, durante los meses de octubre o noviembre de 2019, le aceptó la amistad a través de Facebook a un usuario quien se identificó como Dana Buitrago y dijo ser menor de once años de edad, iniciaron conversaciones y con el tiempo ese usuario, Dana Buitrago, empezó a hablarle a la menor DSPA, sobre sexo y pornografía, además de proponerle si quería trabajar, explicándole que el trabajo consistía en enviarle fotos desnuda a hombres adultos, quienes le pagarían. La menor DSPA le contó a ese usuario DANA BUITRAGO, que ella tenía quien le proporcionara dinero, y esa persona era Francisco Javier Hernández Arévalo, quien era amigo de su progenitora, a quien había conocido aproximadamente seis meses atrás, cuando la madre se encontraba buscando trabajo.

La menor DSPA inició amistad con el ciudadano FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO, quien en ocasiones la llamaba y en algunos momentos le daba dinero. La menor DSPA se contactaba a través de Facebook con el ciudadano FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO, quien le pedía a la misma, que le enviara fotos íntimas, so pena de contarle a su mamá, a partir de esa amenaza, la menor DSPA comenzó a enviarle muchas fotos con sus imágenes íntimas.

Los videos que enviaba la menor DSPA al ciudadano FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO, contenían imágenes de ella haciéndose tocamientos tipo masturbatorios en la vagina y exhibiendo los senos, al igual que le enviaba fotos de ella desnuda. En algunas de esas imágenes se veía el rostro de la menor DSPA. A su vez, el supuesto usuario Dana Buitrago le pedía a la menor DSPA que le enviara fotos, al mismo tiempo que le enviaba a la menor DSPA videos de índole sexual y le preguntaba a la menor DSPA si le gustaba que “los videos dijeran cosas cochinas”. Al parecer el falso usuario de Facebook denominado como Dana Buitrago era el mismo Francisco Javier Hernández Arévalo.

Cuando la menor DSPA se quedaba sin Facebook el usuario denominado Dana Buitrago supuestamente se comunicaba con el ciudadano Francisco Javier Hernández Arévalo y, a través de él, le envía (sic) mensajes a la menor DSPA para que ella continuara enviándole a Francisco Javier

Hernández Arévalo fotos y videos de actividades de representación sexual real, a través de otra red social llamada Snapchat.

Cuando la menor DSPA le enviaba a Francisco Javier Hernández Arévalo sus fotografías íntimas, el ciudadano Francisco Javier Hernández Arévalo le decía "reina", "bebe", "ay que rico". Francisco Javier Hernández Arévalo le pedía a la menor DSPA que se colocara frente a la cámara de la red social Snapchat y se quitara la blusa, "que la quería ver desnuda", la menor DSPA accedía a las lascivas peticiones de Francisco Javier Hernández Arévalo y, en consecuencia, la menor DSPA procedía a quitarse su blusa frente a la cámara, mientras Francisco Javier Hernández Arévalo la miraba.

Al mismo tiempo el supuesto usuario de Facebook identificado como Dana Buitrago, le decía a la menor DSPA y a Francisco Javier Hernández Arévalo, que ellos tenían que sostener relaciones sexuales, que si no lo hacían ella le iba a contar a la mamá de la víctima DSPA, además de que si no lo hacía, Francisco Javier Hernández Arévalo lo haría con otra menor, ello desagradaba a la menor DSPA, ya que según lo dicho por la misma durante la entrevista forense, ella "quería mucho a Francisco".

Todo esto fue descubierto por la madre de la menor DSPA, señora G.A., cuando tomó el celular de la menor DSPA, y se percató de las conversaciones y de las fotografías íntimas enviadas por su menor hija DSPA a Francisco Javier Hernández Arévalo, en una de ellas se observa en la vulva de la menor un dedo de adulto".

De acuerdo con tal imputación fáctica, el ente acusador atribuyó a FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO los delitos de actos sexuales con menor de 14 años, por la conducta de *inducir a prácticas sexuales* y pornografía con persona menor de 18 años -sin concretar el verbo rector, como se indicó en precedencia- entre otros injustos que no serán materia de análisis por cuanto la primera instancia los desestimó, determinación que no fue objeto de apelación.

En tal sentido, el estudio que realizará el tribunal se concretará únicamente a la imputación fáctica y jurídica atribuida por la Fiscalía.

6.3. Valoración probatoria

El artículo 209 del CP señala que *"El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su*

presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”.

1. La menor de edad DSPA, en sesión de juicio oral de 4 de noviembre de 2021², manifestó que, entre el año 2019 y 2020 -tenía 11 años-, conoció a FRANCISCO porque su mamá estaba buscando trabajo para su pareja y fueron a preguntar a la entrada de un parque llamado Cantarrana. Él estaba ahí porque era vigilante de ese lugar y trabajaba en una caseta. Ellas se acercaron a hablar con él. Luego de eso, ella comenzó a tener contacto con él, hablaban por teléfono o por redes sociales -Facebook y Snapchat-, e iba a su lugar de trabajo porque él se lo pedía: la mayoría de las veces iba sola.

En una oportunidad, ella fue a la caseta y él le tocó los senos con sus manos, por debajo de la ropa, le dijo que ella era de él y no podía hablar con otros hombres ni mostrarles su cuerpo. En otra, le dio un “pico” en la boca, lo que ocurrió en el mismo lugar.

Señaló que, luego de conocer a FRANCISCO, la agregó a Facebook un usuario que se identificó como Dana, quien le dijo que tenía 13 años. Ella la amenazaba; le decía que si no le enviaba fotos y videos exhibiendo su vagina le contaría a su mamá lo que hacía por las redes sociales -no especificó-. Además, le preguntaba si conocía a alguien que le diera plata por enviar fotos de similar contenido, a lo que DSPA le habló de FRANCISCO y le compartió el contacto.

Afirmó que FRANCISCO también comenzó a exigirle que le enviara fotos y videos de connotación sexual, a cambio de no divulgar material íntimo de ella a su mamá. La menor accedía y le enviaba videos tocándose la vagina o fotos exhibiendo dicha parte del cuerpo. En una ocasión le dijo que debía mostrarle cuando se rasurara la vagina y cuando se bañara.

² Registro 45:00.

Además, casi diariamente, y por casi 3 meses, realizaba video llamadas con FRANCISCO por Snapchat, muchas de ellas por iniciativa de él, otras porque él le pedía que lo llamara. En ellas, él pedía que se desnudara y se tocara el cuerpo, específicamente los senos y la vagina.

Aclaró que tanto Dana como FRANCISCO le pedían que enviara videos y fotos desnuda, a lo cual accedía. Francisco le respondía que qué rico, que él era de ella y que le gustaba. También contó que en algún momento crearon un grupo los tres -Francisco, Dana y DSPA- y hablaban simultáneamente-

Indicó que FRANCISCO le compraba cosas y le daba dinero a su mamá. Su mamá se enteró de lo que estaba pasando porque revisó su celular, vio lo que hablaba y le enviaba a FRANCISCO.

Finalmente, refirió que, en diligencia realizada en la Fiscalía, reconoció e identificó a FRANCISCO.

Es importante resaltar que, durante el interrogatorio la menor lloró y se mostró muy afectada por lo que relataba. Incluso, en varias ocasiones fue necesario suspender las preguntas para que aquella lograra recomponerse. Su lenguaje verbal y no verbal revelaron lo doloroso que fue para ella recordar y narrar lo que vivió con el procesado, al punto que, al comenzar la declaración rompió en llanto y dijo no poder hablar de lo sucedido. En varias oportunidades detenía su intervención para respirar.

Pese a lo anterior, contestó todo lo que se le preguntó e hizo una narración hilada, comprensible, coherente y contentiva de circunstancias propias de un escenario de abuso sexual y de manipulación.

2. Aunado a lo anterior, de la declaración de varios de los testigos llevados a juicio, se extractan aspectos que corroboran la versión de la niña. Véase:

2.1. G. C. A. C., progenitora de DSPA³, informó que, junto con su hija, conoció a FRANCISCO HERNÁNDEZ en el año 2019. Él trabajaba como vigilante del parque Cantarrana, ubicado cerca a su lugar de residencia. Ella se acercó a él para pedirle información y ayuda para conseguirle trabajo a su entonces pareja sentimental. Con ocasión de ello, comenzaron a hablar seguido, él se ganó su confianza y afecto y entablaron una amistad. Muchas veces ella iba con DSPA al lugar de trabajo de FRANCISCO; la menor sentía afecto por él.

Indicó que FRANCISCO se ofrecía a ayudarles económicamente, pues atravesaban por una situación difícil. En una ocasión le compró unos zapatos a DSPA y, en otra, le dio dinero a ella para que le comprara ropa a la menor.

La testigo explicó que empezó a notar que FRANCISCO tenía mucha comunicación con DSPA, la llamaba muy seguido al celular y a la casa. Pese a que ella le dijo que no la llamara tanto, él siguió haciéndolo, por lo que comenzó a sospechar que algo irregular estaba pasando.

Relató que, el 20 de febrero de 2020, aproximadamente a las 4:20 am, decidió revisarle el celular a su hija y vio mensajes acosadores que el citado le había enviado a la menor por WhatsApp y por Snapchat. Le decía “venga, ¿por qué no me contesta? ¿ya le contó a su mamá? ¿su mamá ya sabe?, cosas así”⁴. También vio, en Snapchat, imágenes y videos de DSPA desnuda, realizándose tocamientos tipo masturbatorios en su vagina, los cuales había enviado a FRANCISCO. Adicional a ello, vio que él le escribía “qué rico, eran palabras de morbosidad hacia lo que

³ Declaró en sesión del 4 de noviembre de 2021, registro 8:55.

⁴ Registro 20:05.

la niña le estaba enviando”⁵. Despertó a su hija para preguntarle por el contenido del celular y en ese momento ella le contó lo que estaba ocurriendo.

La testigo aclaró que no había revisado el teléfono a su hija antes porque no quería irrumpir en su privacidad, pero ese día decidió hacerlo porque tenía razones fundadas para considerar que algo estaba pasando con su hija. De igual forma, manifestó que revisó el Facebook de su hija y vio que había otra persona, Dana Buitrago, quien le pedía videos y fotos de connotación sexual.

Finalmente, contó que, durante la época de los hechos, el rendimiento académico de DSPA disminuyó, además había cambiado su comportamiento y describió su sonrisa como “opaca”. Sumado a ello, la menor realizó *cutting*⁶.

2.2. Luis Javier Castañeda, subintendente de la SIJIN⁷, y Daniela Montilla Gualguan, patrullera adscrita al laboratorio de informática forense de la SIJIN⁸, dieron cuenta del contenido e información que logró extraerse del celular que entregó la denunciante, G. C. A., y del cual, informó, pertenecía a su hija.

En dicho dispositivo se encontró un video y varias imágenes con contenido erótico sexual, que fueron reproducidos en el juicio, y en el que se observa a la menor desnuda, exhibiendo su rostro y cuerpo, y realizándose tocamientos en su vagina. Sobre la inaceptable manera en que se practicó esta prueba, la sala se pronunciará más adelante.

Por ahora, es importante resaltar que la intrusión de la progenitora de DSPA en el celular y en las redes sociales de su hija, así

⁵ Registro 21:55.

⁶ Práctica consistente en realizarse heridas superficiales en diversas partes del cuerpo.

⁷ Declaró el 11 de noviembre de 2021, registro 1:57:07.

⁸ Declaró el 11 de noviembre de 2021, registro 3:20:00.

como la entrega del teléfono a la Fiscalía, no vulnera el derecho a la intimidad que, por supuesto, le asiste a los niños, niñas y adolescentes⁹.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia, CSJ, SP 29 de julio de 2015, rad. 42307, dijo que tal prerrogativa no es absoluta; puede ser afectada judicialmente en los eventos autorizados en la ley, *“como cuando se debe ingresar al ámbito de la intimidad personal o familiar de un niño, niña o adolescente para obtener la evidencia física o los elementos materiales probatorios indispensables para la acreditación de la ocurrencia de un delito o la responsabilidad del autor o partícipe en su comisión”*.

También puntualizó que, una de las obligaciones de los padres es el cuidado, protección y acompañamiento de sus hijos, por lo que, no solamente están autorizados, sino que les es exigible asegurarse que ellos no sean objeto, entre otras cosas, de abusos de ninguna índole.

Bien es sabido que, ante el avance la tecnología, los niños están expuestos a espacios en los que pueden resultar realmente amenazados y vulnerados sus derechos fundamentales, entre ellos, el de la libertad y formación sexual. De ahí que, resulte admisible – y francamente necesario – que, en procura de su protección e integridad, los padres puedan controlar las comunicaciones de sus hijos, como en efecto ocurrió, pues, gracias a la intervención de la progenitora de DSPA, se logró detener la cadena de abusos de las que venía siendo víctima.

2.3. Leidy Paola Beltrán, psicóloga de la IPS Psicorehabilitar¹⁰, indicó que DSPA realizó tratamiento psicológico por episodio de abuso sexual. Percibió en la menor baja autoestima, síntomas de depresión,

⁹ Artículo 15 de la Constitución Política de Colombia y Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976, Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, entre otros.

¹⁰ Declaró el 25 de noviembre de 2021, registro 6:32.

disforia -desdicha o tristeza-, culpa, frustración dificultad en expresión emocional y pensamientos negativos.

Expuso que se diagnosticó a la menor trastornos de ansiedad y de depresión, así como problemas de conducta. Aclaró que el origen de estos trastornos obedecía al posible abuso sexual que vivió, no a otros eventos como la ausencia de su padre, matoneo o acoso escolar.

2.4. Hernán Alejandro Sandoval, policía judicial¹¹, refirió que el 21 de mayo de 2021 adelantó diligencia de reconocimiento fotográfico de personas con la menor DSPA, quien, en varias oportunidades señaló las imágenes correspondientes a FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO, identificado con c.c. 6.566.288, datos que corresponde con los del procesado.

Tales declaraciones constituyen prueba de corroboración que hacen aún más creíble la versión de la menor víctima, la cual, valga decir, no fue desvirtuada por la defensa.

6.4. Sobre el acto sexual con menor de 14 años

Para empezar, es importante recordar que el artículo 209 del CP señala que *“El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”*.

Así, debe precisarse que, aunque DSPA hizo alusión a que en una oportunidad el procesado le tocó los senos y, en otra, le dio un beso en la boca, hechos que, por demás, fundamentaron la sentencia condenatoria, e incluso, algunos de los argumentos de la apelación, se trata de enunciados fácticos que no fueron atribuidos en la formulación de imputación ni acusación, por lo que, en respeto al principio de congruencia -conforme el cual el acusado no puede ser declarado

¹¹ Declaró el 57:28.

culpable por hechos que no consten en la acusación ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena-, no serán valorados por este juez colegiado.

No obstante lo anterior, para la Sala de decisión se encuentra acreditada la materialidad del delito de actos sexuales con menor de 14 años y, por supuesto, la responsabilidad penal del procesado en tal comportamiento, al haber *inducido a DSPA a prácticas sexuales y eróticas* que no eran propias de su edad y que, claramente, afectaron el derecho que tenía de una correcta formación y libertad sexual, y trajeron consigo bajo rendimiento académico, grave afectación emocional y daño psicológico, tal como lo precisó la progenitora de la niña y la profesional Leidy Paola Beltrán.

Es importante reconocer que, de la extracción de la información del celular de DSPA, no se evidenció conversación alguna entre aquella y el procesado. Sin embargo, la víctima, sin titubear, afirmó que, en varias ocasiones, *y muchas de ellas bajo amenaza*, FRANCISCO JAVIER le *pedía* que le enviara fotos y videos con contenido erótico y sexual, y durante 3 meses, por video llamadas, le pedía que se desnudara y le mostrara sus partes íntimas, ante lo cual accedía. Circunstancia que fue corroborada por la progenitora de la niña, quien percibió algunas conversaciones entre su hija y el agresor, así como el contenido que ella debía enviarle. De manera que no se comparte el argumento del recurrente en punto a que no se acreditó que el contenido hallado en el celular hubiera sido enviado al acusado.

Pese a que el usuario de Facebook, Dana Buitrago, realizaba la misma conducta, esto es, *inducir* a la menor a realizar este tipo de prácticas sexuales, para la primera instancia no se probó, más allá de toda duda razonable, que detrás de tal perfil se escondiera el procesado, criterio que comparte el tribunal, pues, de las manifestaciones de la niña surgen varios vacíos respecto de la verdadera identidad de dicho

usuario, al punto que sostuvo que en ocasiones chateaban los tres - Dana, Francisco y DSPA- de manera simultánea. Para esclarecer este hecho, era preciso que la Fiscalía realizara una investigación intensiva sobre dicho perfil, lo que no ocurrió.

En todo caso, para el tribunal está demostrado que FRANCISCO JAVIER se ganó la confianza y el afecto de G. C. y su hija -con detalles como regalos y dinero, supuesto interés hacia el bienestar de ellas, entre otros-, y se aprovechó de ello para abusar de DSPA -de 11 años- y realizar en su contra vejámenes sexuales que afectaron su autoestima, seguridad y generaron sentimientos de dolor, culpa y frustración, con el único objetivo de satisfacer sus deseos libidinosos.

En este punto, debe indicarse a la defensa que no es admisible, como argumento exculpatorio, afirmar que la menor fue quien se insinuó y, por su propia cuenta, realizó tales actividades de índole sexual. Es importante recordar que quedó probado que el procesado no solo recibía y disfrutaba del contenido que recibía, sino que, además, lo pedía. En todo caso, no dejará de considerarse un acto de abuso sexual por el hecho de que la infante involucrada preste su consentimiento, pues se trata de una menor de 14 años que aún no puede disponer válidamente de su sexualidad.

6.5. De la pornografía con personas menores de 18 años

El artículo 218 del CP describe el delito en cita así:

“El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de ... Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro”.

Entonces, para que se configure tal injusto, es necesario demostrar el elemento de *explotación sexual*, el cual se encuentra en las conductas definidas en el Capítulo IV, y que, justamente, se denomina de esa manera (CSJ SP, 24 oct. 2019, rad. 47234 y SP 22 jul. 2020, rad. 52010).

Sobre la explotación sexual de menores, que incumbe al delito objeto de estudio, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

“Al contrario de la explotación sexual en los adultos (que se relaciona, más que todo, con la incitación y ejercicio de la prostitución forzada), por “explotación sexual de menores” se entiende «la utilización de menores de dieciocho (18) años en actividades sexuales, pornografía infantil o adolescente y espectáculos sexuales en los que haya un pago o cualquier beneficio de otra índole para el menor o un intermediario»¹².

En estas situaciones, siempre se considerará irrelevante el consentimiento otorgado por el menor de dieciocho (18) años. Es decir, no dejará de considerarse explotación sexual a pesar de que el menor de edad involucrado haya prestado su aquiescencia para realizar la actividad sexual”¹³.

Respecto de la pornografía infantil y de adolescentes, la referida corte dijo que *“Incluye todo acto de producción, distribución, divulgación (por cualquier medio), oferta, venta o posesión de material en que se utilicen a menores de dieciocho (18) años en representaciones reales de actividad sexual. Es decir, la industria de pornografía ilícita desde los creadores de contenido hasta los clientes”¹⁴.*

Finalmente, puntualizó que los tipos penales de *demandas de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho años de edad y pornografía con personas menores de dieciocho -18- años*, entre otros, surgieron de la necesidad de habilitar mecanismos eficaces

¹² Adaptado de la Declaración del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, Estocolmo, Suecia, 1996.

¹³ CSJ, SP, 24 oct. 2019, rad. 47234.

¹⁴ CSJ, SP, 24 oct. 2019, rad. 47234.

contra la prostitución infantil y el turismo sexual, como lo reconoció la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009.

En el presente asunto, además de que la Fiscalía no precisó cuál de todos los verbos rectores descritos en el tipo penal atribuía al acusado y, que de los hechos jurídicamente relevantes enunciados tampoco fuera posible concretarlo, no demostró el elemento de *explotación sexual*.

De los testimonios recibidos se advierte que la inducción que realizó el procesado contra la menor para que le enviara contenido sexual a través de las redes sociales, tenía como único propósito el de satisfacer su libido, en un ámbito de intimidad que fue descubierto por la progenitora de la víctima.

Por un lado, vale la pena recordar que DSPA y G.C. que leyó algunas conversaciones entre su hija y el agresor- dijeron que, ante la exhibición y envío de las imágenes y los videos, el acusado realizaba expresiones morbosas, posesivas hacia la menor y de disfrute personal, pero nunca presentó comportamientos o manifestaciones que permitieran inferir que su intención era portar tal contenido con fines de explotación sexual.

Por otro lado, la Fiscalía no allegó ninguna prueba que diera cuenta de la destinación que el acusado le daba al contenido sexual que le enviaba la víctima, por lo que no es posible concluir que, además de satisfacer sus deseos sexuales, ejercía algún acto de distribución, divulgación o similar con tal contenido.

Lo que se evidencia es que los actos sexuales abusivos se realizaron a través de medios virtuales, los cuales actualmente han sido

utilizados por los abusadores para llegar a los niños y engañarlos. No es necesario el contacto físico para que se configure este delito, máxime cuando la conducta atribuida corresponde a la inducción a prácticas sexuales, lo que ocurrió en el presente caso, como ya se explicó.

Entonces, para que se presente el concurso de conductas de abuso sexual y pornografía, se requiere probar que el autor obró con la finalidad de abusar y explotar sexualmente de la menor (CSJ, SP 22 jul. 2020, radicado 52010), presupuestos que no se presentan en este asunto.

Bajo tal panorama, el tribunal revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, en el sentido de absolver a FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO del delito de *pornografía con personas menores de 18 años*. En consecuencia, deberá modificar la pena impuesta.

6.6. Dosificación Punitiva

Si bien es cierto, el apelante está inconforme con la dosificación de la pena, su reparo se limitó únicamente al incremento que realizó la primera instancia con ocasión del concurso heterogéneo de conductas punibles. Dado que en la presente decisión se revocará la condena por el delito de pornografía con personas menores de 18 años, y por consiguiente la sanción a imponer lo será únicamente por el injusto de actos sexuales con menor de 14 años, se respetará la individualización de la pena que, sobre esta conducta, realizó el juzgado de primer grado y sobre el que, se insiste, el apelante no realizó ninguna censura.

La primera instancia indicó los cuartos de movilidad de los dos delitos y partió del primero de ellos en ambos casos, dado que no existían circunstancias de menor ni de mayor punibilidad.

En el evento del punible de actos sexuales con menor de 14 años, los cuartos de movilidad son los que se siguen:

Primer cuarto: 108 meses a 120 meses *Cuartos medios:* 120 meses y 1 día a 144 meses *Último cuarto:* 144 meses y 1 día a 156 meses.

Luego de tomar el delito con pena más grave y valorar los criterios contenidos en el artículo 61 del CP, específicamente la gravedad de la conducta y los daños causados a la menor, esto es, que el envío de videos e imágenes se prolongó en el tiempo y que el comportamiento del procesado contra DSPA le ocasionó trastornos de ansiedad y depresión, así como baja autoestima y sentimientos de culpabilidad que la llevaron a autolesionarse, decidió imponerle la pena máxima del primer cuarto.

No obstante que el delito más grave era el de pornografía con personas menores de 18 años y no el de actos sexuales con menor de 14 años, se mantendrá el ejercicio valorativo efectuado por la primera instancia para individualizar la pena, toda vez que las circunstancias puestas de presente obedecen a los hechos que, justamente, configuran el delito de actos sexuales con menores de 14 años. En consecuencia, se impondrá la pena definitiva 120 meses de prisión.

De igual manera, se revocará la sanción de multa, toda vez que esta fue impuesta con ocasión del delito de pornografía con personas menores de 18 años y se modificará la pena accesoria de inhabilidad para desempeñar cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad, para imponerla por el término de 120 meses, de conformidad con lo ordenado en los artículos 46 y 51 inciso 3 del CP.

En lo que concierne a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión se mantendrá incólume.

Finalmente, se confirmará la decisión de primera instancia frente a la no concesión de subrogados penales por expresa prohibición legal, dado que la víctima de abuso sexual es menor de edad, artículo 199 Ley 1098 de 2006.

6.7. Reflexión final

La Sala no debe pasar por alto que el juzgado de primera instancia, con la aquiescencia del agente del Ministerio Público, permitió que la Fiscalía, a través de un servidor de policía judicial, exhibiera en la audiencia pública de juicio oral imágenes de la menor víctima DSPA desnuda. Peor aún, de la revisión de la diligencia, se advierte que el defensor manifestó que le había sido trasladado el informe contentivo de dichas fotos, lo que significa que los asistentes a la audiencia vieron a la menor de edad en esas condiciones y, al menos, una de las partes recibió en su teléfono o correo electrónico material sensible que irrumpe totalmente con los derechos a la intimidad y a la dignidad de la niña.

Hay que recordar que en el presente caso DSPA no solo es una menor de edad, sino que, además, es víctima. De ahí que la *Convención sobre los Derechos del Niño*¹⁵ haya señalado que las víctimas de explotación o abuso deben ser provistas de medidas para promover su recuperación en un ambiente que “fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”. A su vez, la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*, establece que “las víctimas serán tratadas con

¹⁵ Artículo 39. A su vez, el artículo 19 dice “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. Esta convención fue adoptada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

compasión y respeto por su dignidad”¹⁶. Esto fue lo que, injustificadamente, se dejó de lado en el presente asunto.

Si bien la Fiscalía tenía interés en demostrar que en el celular de DSPA había fotos y videos con contenido erótico y sexual, ello no la habilitaba para poner en evidencia las partes íntimas de la afectada a toda una audiencia, máxime si es menor de edad y si, justamente, lo que es motivo de reproche penal es que haya sido víctima de abuso sexual materializado en la solicitud de exhibición de sus partes íntimas. El fiscal podía acreditar el mismo hecho de otra forma menos lesiva a los intereses de la niña. De hecho, pudo haber adoptado medidas tales como las siguientes:

a. Impartir instrucciones a los investigadores para que, al realizar la extracción forense de los dispositivos de almacenamiento o, en general, recuperen información producto de la transmisión de datos, limiten la cantidad de fotografías que han de ser incluidas en sus informes. En todo caso, de incluirlas, pueden utilizar herramientas tales como difuminar, *pixelar* o, de cualquier otra forma, restringir la divulgación de imágenes con contenido íntimo. Con el fin de garantizar el derecho a la contradicción probatoria, en todo caso, la defensa podría solicitar la información adicional que precise para su teoría del caso, con el compromiso de mantener los datos o ficheros bajo su responsabilidad y discreción.

b. La Fiscalía pudo, durante el descubrimiento, hacer uso de las restricciones autorizadas por el artículo 345 numeral 1, en concordancia con el párrafo 1 del artículo 206 A del Código de Procedimiento Penal. Dicha regla puede extenderse analógicamente, no solo a cualquier manifestación documentada del menor de edad, sino también – y especialmente – a las fotografías sensibles de niños

¹⁶ Resolución 4034/85 de la Asamblea de las Naciones Unidas. El texto es similar al que aparece en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

o niñas. A ellas podrá acceder la contraparte “cuando sea estrictamente necesario y no afecte los derechos de la víctima menor de edad”. En todo caso, la opinión de las víctimas en este punto resulta absolutamente relevante¹⁷.

c. El fiscal también pudo evitar la presentación en juicio de fotografías de las partes íntimas de la víctima con la proposición de estipulaciones probatorias. Esto también incumbe al Ministerio Público y a la apoderada de víctimas¹⁸, quienes pueden invitar a las partes a realizar convenios sobre enunciados relevantes o secundarios, a fin de evitar la revictimización. Así, se pudo dar por probado que las fotos halladas en el teléfono celular de la menor de edad contenían imágenes explícitas de sus genitales.

d. Durante el juicio oral resultaba innecesario exponer ante la audiencia pública las fotografías. Con la descripción realizada por quien extrajo las fotos¹⁹ y, en un caso extraordinario, su incorporación a juicio, ya se lograba el propósito. Pero ningún problema tuvo la Fiscalía en exhibir a un público mayoritariamente masculino las partes íntimas de la menor de edad. Todo bajo el silencio absoluto de los intervinientes²⁰, y autorizado expresamente

¹⁷ La Corte Constitucional ha relacionado un importante listado de eventos en los que se destaca que el derecho de las víctimas a ser oídas tiene valor prevalente en el sistema acusatorio. Por ejemplo, sentencias C-822 de 2005 y C-516 de 2007. Esto coincide con el artículo 11, literal d), del Código de Procedimiento Penal.

¹⁸ Incluso, también puede serle útil a la defensa. En la literatura se explica cómo cierta clase de fotografías puede causar un “perjuicio indebido” en el jurado, por el impacto que ellas representan, pues apelan a los sentimientos y la emoción, lo cual puede afectar el derecho a un juicio justo que tiene el acusado. Cfr. Chiesa Aponte Ernesto L., *Compendio de evidencia en el sistema adversarial*. Tirant Lo Blanch, México, 2021, p. 38.

¹⁹ La experiencia norteamericana lo expresa de manera contundente: “Tal exposición fotográfica del cuerpo de una joven de veinte años en una sala del tribunal llena de hombres es aún más groseramente inapropiada e impactante que la conducta revelada en *Brown v. Swindeford*, 44 Wis. 282, 285 (...). Tal indecencia nunca es necesaria, ni debe tolerarse, en los tribunales. Si la condición de cualquier parte privada del cuerpo de cualquiera de las partes, hombre o mujer, es importante en cualquier juicio, debe ser examinada en privado por expertos fuera del tribunal y se debe dar testimonio de expertos al respecto”. Cfr. Corte Suprema de Wisconsin, caso *Guhl v. Whitcomb*, 109 Wis. 69 (1901). En igual sentido, Corte Suprema de Iowa, *Garvik v. Burlington, Cedar Rapids & Northern Railway Co.*, 124 Iowa 691 (1904). Sobre otras decisiones, puede verse a Farrell Richard T. *Prince, Richardson on evidence*. Brooklyn Law School, Nueva York, 1995, p. 205.

²⁰ Por ejemplo, el Ministerio Público, no solo como *amicus curiae*, sino, en este caso, como organismo de control (C-233/16), tiene el deber de “velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado”, tal cual dispone el artículo 111, numeral, 2, literal c, del Código de Procedimiento Penal.

por el juez. Seguramente ninguno de ellos tuvo en cuenta los superiores intereses de la niña. Su derecho a ofrecer su opinión sobre la exhibición de tales fotos o al menos de informarle sobre tal circunstancia, por ejemplo, quedó totalmente desconocido²¹.

Esto es inadmisibile y no consulta la cláusula legal establecida para el tratamiento de datos de los menores de edad, esto es, que *“no se ponga en riesgo la prevalencia de sus derechos fundamentales e inequívocamente responda a la realización del principio de su interés superior, cuya aplicación específica devendrá del caso particular”*, tal como se explicó por la Corte Constitucional en sentencia C-748 de 6 de octubre de 2011, en desarrollo del artículo 7° Ley Estatutaria 1581 de 2012, por medio de la cual se dictan disposiciones para la protección de datos.

Por lo anterior, se exhorta a quienes intervinieron en el presente asunto para que, en futuras oportunidades, se abstengan de realizar o permitir este tipo de prácticas probatorias que, evidentemente, lesionan los derechos de los niños, niñas y adolescentes a su dignidad humana y los derechos a la intimidad²², propia imagen y a ser escuchados²³.

Entre tanto, copia de esta decisión será enviada a la Coordinadora del Centro de Atención Integral a Víctimas de Abuso Sexual (Caivas), para que al interior de sus equipos se evalúen estrategias para evitar actos que, como el presente, generan nuevos espacios de victimización.

²¹ La Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha sostenido que el juez debe analizar los intereses vinculados a un caso como estos: “Entre los factores a ponderar están la edad de la víctima menor de edad, la madurez y comprensión psicológica, la naturaleza del delito, *los deseos de la víctima*, y los intereses de los padres y familiares”. *Cursiva nuestra*.

²² Corte Constitucional, sentencia T-634/13. Se trata de un caso donde se analizó la multiplicidad de fotos íntimas difundidas a las que pueden tener acceso a terceros, lo cual afecta, no solo el derecho citado, sino la relación social y familiar de la víctima.

²³ Artículo 20, Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, por parte del juzgado de primera instancia, una vez en firme esta decisión, se suprimirán las evidencias y registros de audiencia donde aparezcan las partes íntimas de la víctima. Lo anterior con el fin de evitar que esta información permanezca en los registros del juzgado o se pueda acceder a los ficheros sensibles, por ejemplo, durante la ejecución de la pena, el incidente de reparación integral, un recurso de revisión, o cualquier otro trámite.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero: Modificar la sentencia de primera instancia, en el sentido de condenar a FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO a la pena de prisión de ciento veinte (120) meses, por el punible de actos sexuales con menor de 14 años, por las razones y hechos expuestos en la parte motiva.

Segundo: Revocar parcialmente la sentencia y, en su lugar, absolver a FRANCISCO JAVIER HERNÁNDEZ ARÉVALO del delito de pornografía con personas menores de 18 años. En consecuencia, revocar la pena de multa impuesta.

Tercero: Modificar la pena accesoria de inhabilidad para desempeñar cargos, oficios o profesiones que involucren una relación directa y habitual con menores de edad, para imponerla por el término de 120 meses.

Cuarto: Confirmar en lo demás la sentencia de primera instancia.

Quinto: Cumplir, una vez en firme esta decisión, por parte del juzgado de primera instancia, lo dispuesto en el acápite 6.7 de la parte considerativa de esta decisión.

Sexto: Indicar que contra esta sentencia procede el recurso extraordinario de casación.

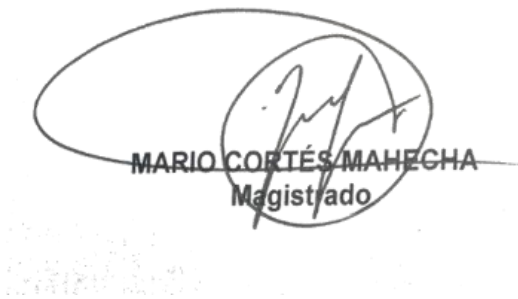
Notifíquese y cumplase



CARLOS ANDRÉS GUZMÁN DÍAZ
Magistrado



LUIS ENRIQUE BUSTOS BUSTOS
Magistrado



Modifica y revoca parcialmente