



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

Magistrado Ponente

SP4235-2020

Radicación # 51626

Acta 238

Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veinte
(2020).

Vistos:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor de **Andrés Eduardo García Ruiz**, contra la sentencia del 28 de agosto de 2017, proferida por el Tribunal Superior de Medellín, que confirmó la condena impuesta en primera instancia como autor del delito de pornografía con menor de 18 años.

Hechos:

A finales del año 2014, *AQM*, de 12 años de edad, vivía con su hermana *MAQM* y sus padres en la ciudad de

Medellín. Su abuela, su compañero permanente, y el hijo de éste, **Andrés Eduardo García Ruíz**, de 35 años de edad, residían en la misma ciudad. Vivían en casas diferentes pero se visitaban con frecuencia. Por esas circunstancias, entre *MAQM* y **Andrés Eduardo García Ruíz** surgió una relación amorosa que *AQM* descubrió al husmear el teléfono de su hermana, hecho que puso en conocimiento de la familia.

Andrés Eduardo García Ruíz resolvió, entonces, a través de un perfil falso de Facebook, seducir a *AQM* para pedirle que le enviara unas fotografías desnuda, a lo cual la menor accedió. Después que las tuvo, se las enseñó a la abuela. En ellas aparecía una niña con su cuerpo desnudo sin mostrar su rostro. En algunas con las piernas abiertas y mostrando su sexo. **Andrés Eduardo García Ruíz** le explicó que eran de su nieta y que un desconocido se las había enviado por las redes sociales.

La abuela le informó de lo sucedido a la mamá de la niña, quien decidió denunciar esta conducta.

Actuación Procesal:

1.- La actuación se inició con la denuncia interpuesta el 4 de mayo de 2015 por la progenitora de *AQM*.

El 2 de diciembre de 2015, el Juez 24 Penal Municipal de Medellín llevó a cabo las audiencias de legalización de captura, imputación de cargos e imposición de medida de aseguramiento por la presunta comisión de los delitos de actos sexuales abusivos agravados y pornografía con menor de 18 años, atribuidos a **Andrés Eduardo García Ruíz** (*artículos 31, 209, 211 numeral 5, y 218 del Código Penal*).

2.- El 30 de enero de 2016 la fiscalía radicó el escrito de acusación, el cual adicionó el 2 de marzo del mismo año, para incluir el delito de pornografía atribuido al acusado en la audiencia de imputación.

En la última fecha indicada, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín realizó la audiencia de formulación de acusación.

3.- El 20 de abril de 2016 se inició la audiencia preparatoria, la cual finalizó el 26 de abril siguiente.

En esta diligencia la defensa solicitó la exclusión probatoria de la información obtenida de la cuenta de Facebook de la menor, al considerar que se vulneró el derecho a la intimidad, así la niña hubiese autorizado dicho procedimiento.

También pidió la exclusión de la información obtenida del teléfono celular marca Alcatel, modelo 4019, al no haber descubierto la fiscalía dicha prueba.

El Juzgado negó la solicitud. El Tribunal Superior de Medellín, en providencia del 28 de junio de 2016, confirmó la decisión de instancia.

4.- El juicio oral se realizó entre el 27 de julio de 2016 y el 25 de abril de 2017, fecha en la que se anunció el sentido absolutorio del fallo respecto del delito de actos sexuales abusivos y condenatorio por el de pornografía con menor de 18 años.

5.- De conformidad con el sentido del fallo, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, en sentencia del 30 de junio de 2017, condenó a **Andrés Eduardo García Ruíz** a la pena de 10 años y 5 meses de prisión, inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por el mismo tiempo y multa de 150 s.m.l.mv., como autor responsable del delito de pornografía infantil.

6.- El Tribunal Superior de Medellín, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa, en decisión del 28 de agosto de 2017, confirmó la sentencia de primera instancia.

7.- Contra esta determinación, la defensa interpuso el recurso extraordinario de casación.

8.- La Corte consideró que la demanda presentaba fallas de técnica, pero la admitió de conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004.

9.- El 10 de septiembre de 2018 se realizó la audiencia de sustentación.

El 9 de abril de 2019 el asunto se remitió al despacho en compensación.

Demanda de Casación:

El demandante formula dos cargos.

El **primero** lo sustenta con fundamento en la causal segunda del artículo 181 de la Ley 906 de 2004.

Considera que la actuación compromete los principios de imparcialidad y presunción de inocencia, por lo cual se debe anular el juicio.

En cuanto al primero, estima que la Sala que decidió el recurso contra la providencia que negó la exclusión probatoria, no podía decidir la apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia, al haber comprometido su criterio al pronunciarse sobre la legalidad de la prueba. Al no declararse impedida, la Sala afectó el principio de imparcialidad.

En relación con la presunción de inocencia, sostiene que el Tribunal desconoció dicho principio, al asegurar que el acusado es responsable del comportamiento que le fue atribuido. Lo hizo, dice, sin precisar el hecho indicador y la regla de experiencia del indicio que construyó para sustentar su determinación. En consecuencia, la decisión se apoyó en sospechas y no en pruebas, situación que afecta el trabajo de la defensa.

El **segundo cargo** lo formula con fundamento en la causal tercera de casación (*artículo 181 numeral 3 de la Ley 906 de 2004*).

Considera que el Tribunal cometió varios errores de hecho al apreciar las pruebas.

Sostiene que el Tribunal incurrió en un falso juicio de identidad al mutilar la declaración de Angela María Quiroz, progenitora de AQM. Según el recurrente, la testigo aseguró

que **Andrés Eduardo García Ruíz** le dijo que observara las fotografías y tuviera cuidado con el comportamiento de las niñas, preocupación que ésta le reprochó por interesarse en cuestiones de familia que no le incumbían.

De haber apreciado este aparte, dice el demandante, se hace evidente la preocupación por el comportamiento de la menor ante la familia, lo cual demuestra la ausencia de dolo del acusado.

El Tribunal, agrega, mutiló otros fragmentos de la declaración de la testigo. Según la mamá de AQM, con su hija mayor contactó a Daniel Herrera por facebook –el perfil de identificación utilizado para obtener las fotografías—, estableciendo contacto con una de las personas que figuraba con esa identidad en la red social. Concluye que de haber apreciado este aparte, habría concluido que el perfil de Daniel Herrera “correspondía a una persona existente proveniente de *Caucasia*, al cual la menor y la madre conocían.”

Aduce, asimismo, que la testigo manifestó que cuando iban a la casa de **Andrés Eduardo García Ruíz**, sus hijas accedían a su computador, del cual conocían las claves de acceso. Deduce, entonces, que existen dudas en torno a quién pudo manipular el perfil de Daniel Herrera en las redes sociales, algo que el Tribunal dio por establecido al suponer

que lo hizo el acusado, sin considerar el contenido total de la declaración de Angela María Quiroz.

Por último, considera que el juzgador incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad al cercenar la declaración de Luleida Piedrahita, abuela de la menor.

Explica que la testigo dijo recordar solo una fotografía de las que le mostró el acusado, quien le manifestó que las obtuvo por internet o que un amigo se las envió por ese medio, sugiriéndole que se las hiciera conocer a la madre de la niña para que tomara las medidas que esa situación ameritaba, lo cual descarta el ánimo de venganza por parte del acusado.

En el mismo cargo denuncia la configuración de un error de hecho por falso juicio de existencia.

Aduce que si el Tribunal hubiera apreciado el concepto técnico de Juan Camilo Noriega, experto en informática y quien concurrió al juicio por iniciativa de la defensa, habría concluido que no se podía saber con seguridad quién utilizó el nombre de Daniel Herrera para presentarse en las redes sociales con esa identidad.

Asimismo, alega que de haber apreciado el testimonio de Juan Sebastián Velandia, perito de la fiscalía, el Tribunal habría tenido que aceptar que el investigador no respetó la cadena custodia al extraer la información del teléfono celular de la madre de AQM, ni los procedimientos técnicos utilizados, de manera que el Tribunal habría llegado a concluir que los equipos fueron alterados *“con información agregada y que de ellos se extrajo información parcializada y que su extracción manual no garantiza los principios de autenticidad e inalterabilidad del documento.*

Por último, demanda la configuración de un error de raciocinio.

Considera que el Tribunal se equivocó al suponer que las fotografías que Angela María Quiroz reconoció, son las mismas que le envió el acusado a su teléfono, del cual las extrajo el investigador judicial. De ese modo desconoció la regla de experiencia que indica que nadie puede alegar su propia torpeza a su favor, en el entendido que Angela María Quiroz no podía reconocer que alteró el contenido de su móvil.

También se trasgrede, y el Tribunal no se percató de ello, dice, las reglas de la técnica que ordenan que la extracción de la información no se debe hacer manualmente y que se debe observar la cadena de custodia, de manera que no se puede tener certeza de la mismidad de las fotografías.

Audiencia de Sustentación:

1.- El **Defensor** reiteró los cargos formulados en la demanda e insiste en su procedencia.

2.- El **Fiscal Segundo Delegado ante la Corte** solicita no casar la sentencia.

En cuanto a la presunción de inocencia, señala que cuando se demuestra, sea por vía indirecta o directa, lo pertinente en tal caso es la absolución y no la anulación del proceso.

Respecto de la imparcialidad (por decidir en segunda instancia sobre la exclusión por la ilegalidad de la prueba), sostiene que el Tribunal no se pronunció acerca de la influencia probatoria de ese medio en la responsabilidad, sino respecto de la misma, cuestión sobre la cual además el casacionista no tendría legitimidad para alegarla, puesto que esa reclamación nunca la hizo durante el curso del proceso.

Con relación al cercenamiento de la declaración de Angela María Quiroz, en el sentido de que el procesado le sugirió que tuviera más cuidado con sus hijas, advierte que ese tema fue tratado en las sentencias y en todo caso eso solo

demuestra el interés del acusado por ocultar su afán de venganza con la menor, al tenerla como culpable de que se terminara la relación que sostenía con su hermana.

Otros errores de hecho por falso juicio de identidad tampoco son tales. Solo constituyen posturas de la defensa que se soportan en las excusas que **Andrés Eduardo García Ruiz** habría brindado para tener consigo las fotos. El contexto de los fallos de instancia explica que las poseía porque con un perfil mentiroso logró que la menor se las enviara.

El testimonio de Juan Camilo Noriega sí fue apreciado. Lo que sucede es que los fallos en conjunto no le confirieron la eficacia pretendida por la defensa. Lo propio sucede con el dicho de Juan Sebastián Velandia Rivera.

Por último, el cargo por falso raciocinio no es más que una especulación que se soporta en afirmaciones generales sobre reglas inaplicables.

3.- La **Procuradora tercera delegada** considera que ninguno de los cargos está llamado a prosperar.

En cuanto a la imparcialidad del Juez, ninguna causal de impedimento recoge el planteamiento del censor. La

opinión que emitió el Tribunal no constituye ningún juicio anticipado de responsabilidad.

Los cargos por errores probatorios son infundados. La sentencia no se sustentó en prueba indiciaria. El Tribunal valoró el testimonio de la menor AQM, el de su progenitora Angela María Quiroz, el de su abuela Luz Piedrahita, y la prueba técnica llevada al proceso a través del investigador Jhon Alexander Restrepo. De ese conjunto concluyó que la menor se refirió a la insistencia del acusado para que le enviara fotografías que decidió enviárselas por whatsapp a quien creyó era Daniel Herrera, una persona ficticia que el acusado ideó.

No hay duda, pues, de la materialidad de la conducta. En ninguna mutilación incurrió el Tribunal. Los testimonios fueron analizados en su materialidad, respetando su contenido.

La sentencia, por lo tanto, debe mantenerse.

Consideraciones de la Corte:

Primero. En el auto que admitió la demanda se indicó que pese a sus deficiencias técnicas se debía resolver de fondo el tema planteado. Lo hizo con base en el artículo 184

de la Ley 906 de 2004, que privilegia las finalidades de la casación sobre los requisitos de forma, que no son un fin en sí mismo, sino el medio para denunciar la ilegalidad del fallo.

Efectivamente los cargos no se ciñen a la técnica del recurso. En ellos simplemente se esbozan opiniones que no cumplen las formalidades previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 181 de la Ley 906 de 2004. De circunscribirse a ese enfoque se debería desestimar sin mayores reflexiones la demanda. Sin embargo, atendiendo los fines del recurso se analizarán de fondo los cargos y se explicará cuál es la lectura que la Corte se ha realizado del tipo penal de pornografía, con el fin de establecer si la conducta es típica del delito en mención.

Segundo. En el primer cargo, el demandante cuestiona la legalidad de la actuación por infracción al principio de imparcialidad.

Al haberse pronunciado en segunda instancia sobre la solicitud de exclusión de pruebas que planteó la defensa en la audiencia preparatoria, los magistrados del Tribunal no podían resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria, alega el recurrente. En su lugar, dice, debían declararse impedidos. Al no hacerlo, afectaron la imparcialidad que el juicio requiere, por lo cual se debe invalidar.

No tiene razón. Algunos supuestos legales le impiden al juez que se pronuncia sobre temas que involucran juicios de responsabilidad intervenir en el juicio. Así, el juez que cumple funciones de control de garantías no puede después desempeñar las de conocimiento (*artículos 39 y 56, numeral 13 de la Ley 906 de 2004*). Tampoco lo puede hacer el juez que decide negativamente la solicitud de preclusión (*artículos 56, numeral 14 y 335 de la misma ley*).

Estas situaciones ideadas para evitar que en el juicio intervenga quien anticipadamente realiza juicios de valor sobre la responsabilidad, no son similares a las del juez o magistrado que por su función debe resolver aspectos relacionados con la *preparación del juicio*, como cuando se debe pronunciar sobre la exclusión de pruebas, asunto que no involucra juicios de responsabilidad en concreto, o incluso semejante o análoga a la del juez que por fuera del juicio y de su función, opina sobre el tema que debe decidir, comprometiendo su criterio.

Bajo la lógica propuesta por el demandante se tendría que pensar que tampoco podría dictar sentencia el Juez que niega pruebas o las admite o niega su exclusión, pues entre la situación del juez y la de los magistrados no existen diferencias estructurales que permitan resolver el asunto de distinta manera.

De manera que admitir que ante semejante situación el Juez se debe separar del juicio, sería tanto como asimilar la imparcialidad a una especie de aislamiento, según la cual el juez se debe separar del juicio ante el más mínimo contacto o relación con el asunto a decidir, sea cual fuere el problema que tenga que resolver, siendo que la filosofía de la institución busca que el juez no se pronuncie sobre la responsabilidad en concreto, que no prejuzgue, ni antes ni durante el juicio, ni por fuera de él.

Por lo tanto, la censura no prospera.

En un segundo aparte del mismo cargo, se argumenta que se desconoció la presunción de inocencia al sustentar la decisión en indicios defectuosamente contruidos, por lo cual pide anular el juicio.

Se trata en este caso de un problema probatorio que ha debido proponerse con base en la causal tercera. Por lo tanto, la Corte abordará ese problema en el curso de la sentencia.

Tercero. Las sentencias.

En las decisiones se dio por establecido, más allá de toda duda razonable, que **Andrés Eduardo García Ruíz** creó y utilizó un perfil falso a nombre de Daniel Herrera para solicitarle a AMQ fotografías de su cuerpo desnudo, las

cuales las dio a conocer a la abuela de la niña, y ésta a su vez a la madre de la menor.

En la sentencia de primer grado se explicó lo siguiente:

“Igualmente, aunque las imágenes no divulgan el rostro de la menor, es claro que se trata de AMQ, no solo porque la joven en su relato confirma que en efecto hizo las tomas y las envió al perfil Daniel Herrera, sino porque las imágenes fueron identificadas con certeza por su madre, quien dada su condición y comunidad de vida está en capacidad de reconocer el cuerpo de su hija, y también reconoció en el fondo de las fotos que el escenario fue el baño de su casa y la casa de su madre y abuela. Adicionalmente en un primer momento fueron puestas de presente por el mismo acusado a la esposa de su padre, anunciando que se trataba de su nieta, de ahí que no quepa la menor duda para la juzgadora que se trata de la postulada víctima.”

Lo anterior le sirvió para concluir, al hacer el juicio de tipicidad, lo siguiente:

“Debe entenderse entonces que actividad sexual normativa refiere a la facultad de obrar los órganos sexuales o el placer venéreo, comprensión que se aviene al supuesto de hecho que motivó el juicio oral, dado que la menor fue llevada a exponer los órganos sexuales más íntimos tomando fotografías capaces de producir erotismo y placer sexual, como indudablemente se denota de la que reposa al final, a folios 95, que revela la apertura de sus piernas hasta registrar la cavidad vaginal, en una acción que expuso sus labios menores y mayores, toma que descarta que se trate de una imagen artística o inocente, dando cuenta del contenido netamente sexual, pero además con fines eróticos. Sobre este tópico no se puede pasar por alto la situación que la púber refirió a su entrevistadora, cuando expresó que el justiciable la constriñó abiertamente para que le mandara más fotos eróticas, so pena de perjudicar su buen nombre.”

El Tribunal, por su parte, después de señalar que no existía duda que bajo una falsa identidad, **Andrés Eduardo García Ruiz** le solicitó las fotografías a AMQ, argumentó lo siguiente:

*“Puede afirmar la Sala que los anteriores hechos, por si solos, desde un principio, empezaban a señalar al señor **Andrés Eduardo García Ruiz** como la persona responsable de solicitar a la menor AMQ las imágenes eróticas para posteriormente exhibirlas, pues aparte que resultaba extraño que este apareciera con las fotos en su poder, también se supo a través del juicio que el acusado ya había tenido una relación sentimental con la hermana de la víctima AMMQ, que para ese momento era una persona de 13 años de edad y que fue precisamente AMQ la que provocó el rompimiento del noviazgo, situación que creó un sentimiento de venganza del procesado hacia la afectada, tal y como esta lo dijo en su entrevista ante los investigadores y cuyo aparte fue revelado en el juicio oral. La anterior situación nos demuestra que el procesado tenía un móvil para solicitar las imágenes a la menor y darles un uso personal indebido, que no era otro que vengarse de la víctima, propósito que a la postre cumplió a través de las fotos en su poder, las cuales exhibió a su abuela y su madre.”*

Analizó la tipicidad de la conducta en los siguientes términos:

“Es evidente que en el presente caso estamos ante fotografías con contenido erótico, las cuales se enmarcan dentro del concepto de pornografía, teniendo en cuenta que el propósito inequívoco del agente activo de la conducta era el de destinar las mismas a su uso personal, esto es, vengarse de la niña a través de la exhibición y ponerla en vergüenza ante su familia, para lo cual evidentemente necesitaba de imágenes explícitas de su cuerpo, lo cual no era precisamente para propósitos artísticos o nobles.

*No estamos, pues, en este caso, ante fotografías que representen situaciones casuales o del diario vivir de la afectada, ya que **Andrés Eduardo García Ruiz** requería para sus intenciones criminales obtener de la menor fotografías de contenido pornográfico, logrando su cometido a través del engaño, pero no contento con ello, procedió a exhibirlas a varios de sus familiares,*

situación que innegablemente demuestra el dolo en su actuar, enmarcándose su accionar dentro del tipo penal consagrado en el artículo 218 del Código Penal, dentro del verbo rector “exhibir”, tal y como fue endilgada la conducta por la fiscalía en sus alegatos de conclusión.”

Cuarto. El tema probatorio.

A instancias de la fiscalía se recibieron los testimonios de las menores *AMQ* y *AMMQ*, de Angela Quiroz Piedrahita y Luz Piedrahita –madre y abuela de las menores—, y de los investigadores Juan Velandia, Jhon Alexander Restrepo y Gladys Díaz Aldana.

Con éstos se introdujeron las pruebas documentales: el CD que contiene las imágenes de *AQM*, y los informes de los investigadores judiciales Juan Sebastián Velandia y Jhon Alexander Restrepo.

La defensa presentó el testimonio de Ana de Jesús Ruíz y el concepto del perito Juan Camilo Noriega.

Angela Quiroz Piedrahita declaró que su mamá la amonestó por unas fotografías en las que aparecía el cuerpo de una menor sin rostro de quien se decía era su hija. Eso la llevó a confrontar a *AMQ*, quien le admitió que se las envió a Daniel Herrera, a quien personalmente no conocía, pero con quien mantenía conversaciones a través de facebook.

La testigo aseguró que **Andrés Eduardo García Ruiz** le comentó que había encontrado las fotografías en las redes sociales y, según él, las daba a conocer con el único interés de que supieran qué hacían las niñas, para que les prestaran la atención que ameritaba dicha situación y adoptaran los correctivos correspondientes.

Explicó que **Andrés Eduardo García Ruiz** es hijastro de su madre y que en ese año tuvo una relación sentimental con su hija *AMMQ*, de 13 años para ese entonces, la cual sugirió que no era prudente por las diferencias de edad y les pidió esperar.

Comentó que con *AMMQ* contactaron a Daniel Herrera a través de facebook. Descubrieron que existían dos perfiles con el mismo nombre. El uno, residente en Caucasia, daba a conocer su identidad. El otro ocultaba sus datos y se presentaba como estudiante del colegio donde precisamente estudiaban sus hijas.

AMQ, por su parte, declaró lo siguiente:

“No me gusta hablar de eso, es un tema que no me gusta tratar.”

Comencé a hablar, no lo conocía, empecé a tratarlo de forma especial. Un tiempo después me pidió unas fotografías sin nada y yo conté eso. ¹

“Al principio no quise y no pasó nada, me siguió insistiendo y yo acepté mandárselas.²

*Después de eso no le seguí hablando. Luego de un número que no conocía a través de whatsapp entró una llamada, me escribió y era **Andrés** que quería hablar conmigo y después envié unas fotos de las que yo le había mandado al muchacho del face y le empecé a preguntar que cómo llegó a las manos de él, que por qué las tenía y que las borrara.*

¿Cómo se llama la persona?

*“El del face Daniel Herrera y el del whatsapp **Andrés García**, soy amiga de él, lo conocía porque me llevaba muy bien con él, es el hijo del marido de mi abuela.*

¿Cómo era el comportamiento de Andrés contigo?

Era muy molesto, muy juguetón, me la llevaba muy bien con él.³

¿Cómo empezó todo? Hablaste de fotos

Y envié unas fotos de mi cuerpo. Estaba desnuda, fue en diciembre de 2014.⁴

¿Qué sucedió después de eso?

Yo no lo conté. Andrés le dijo a mi abuela, mi abuela a mi mamá y ella a mí. ⁵

Al principio me dio rabia. Me propuse que a ello no le debería dar importancia. Soy alegre, sigo así.

¹ Minuto 26:47

² Minuto 27:18

³ Minuto 30: 13

⁴ Minuto 31.33

⁵ Minuto 32:25

¿Has recibido amenazas?

*No.*⁶

A instancia de la fiscalía, que adicionó el cuestionario, manifestó lo siguiente:

“Me pidió que le envíe fotos de mi cuerpo desnuda, no me dijo cuántas, solo que le envíe fotos.

Fotos del cuerpo, ¿cómo quería?

*Unas fotos sin ropa, sin nada, no especificó nada.*⁷

¿Sobre amenazas qué dijiste en la entrevista?

Yo dije que Andrés había dicho que las iba a mostrar, pero yo que me acuerde así, igual es hace rato. Andrés me dijo que iba a mostrar las fotos pero no sé más, fue hace rato no me acuerdo bien.

*Como acabo de leer (ante la lectura de entrevista anterior para refrescar memoria), dije que **Andrés** ganaba más mostrando las fotos y se las iba a mostrar a mi abuela.*

¿Dijo algo más que ganaba con mostrar las fotografías. Qué iba a mostrar las fotos por lo que le hiciste con Angie?

La verdad es que me siento mal en el momento, ya no quiero seguir.

¿Qué le hiciste a Angie y a Andrés?

Ellos como tenían unas conversaciones, yo se las mostré a mi mamá, no hice más nada.”

⁶ Minuto 33:40

⁷ Minuto 55.00

Pregunta la defensa:

*¿Sobre la venganza, supuso Usted o Andrés se lo dijo?
Andrés me lo dijo.”*

AMMQ, actualmente estudiante de derecho, por su parte, relató lo siguiente:

*“Yo empecé a andar con él sin saber lo que iba a pasar. Por ese tiempo mi mamá se dio cuenta y me dijo que dejara la cosa, que él estaba muy mayor para mí, y mi hermana que es avispada en la parte de informática me abrió los correos sin tener mi autorización y se los mostraba a mi mamá. Me cerraron todo y ya no tuve más contacto con **Andrés Eduardo García**, ya no hablé con él y conté qué había pasado con él y no pasó a mayores y mi hermanita se puso a leer todo eso y mi mamá se dio cuenta.*

Me regalaron un celular y mi hermana me lo cogió y ella hablaba con un muchacho y envió unas fotos que no debía mandar nunca y las envió de mi celular, pero no me di cuenta, yo no le pregunté a mi hermana y un día mi abuela le dijo a mi mamá lo de las fotos.⁸

¿Cómo fue el comportamiento de Andrés contigo?

Nunca fue grosero, nunca.⁹

¿Desde qué equipo abrió el facebook?

Del mío. El celular me lo regalaron en el 2014, en diciembre.

El investigador Jhon Alejandro Restrepo Velásquez contando con la autorización y el control judicial posterior

⁸ Minuto : 1:53:06

⁹ Minuto 2:05:03

(audiencia de control de legalidad posterior del 25 de noviembre de 2015), logró documentar a través de la búsqueda selectiva de datos (artículo 244 de la Ley 906 de 2004), la creación de un perfil en facebook a nombre de Daniel Herrera por parte de **Andrés Eduardo García Ruíz**, el cual utilizó para contactar a la menor y aparentar una relación con el fin de obtener imágenes del cuerpo desnudo de la niña y de sus partes íntimas.

En ese sentido, se comprobó que el 13 de marzo de 2014, el acusado creó en facebook un perfil falso a nombre de Daniel Herrera, empleando el email agarcir@gmail.com. Al respecto, las empresas de comunicaciones, Telmex y Claro, certificaron que los datos biográficos entregados para abrir los IP a nombre de **Andrés Eduardo García Ruíz** y Daniel Herrera, reportaban la misma información:

Comcel S.A:

Cliente: Andrés Eduardo García Ruíz
Cédula: 98654237
Dirección: Calle 80 A 87 A 10 Bloque A, Apartamento 401
Florida Verde
Ciudad: Medellín
Teléfono casa: 2642010

Telmex

Nombre. Andrés Eduardo García Ruíz
Identificación: 98654237
Dirección: Calle 80 A 87 A 10 Bloque A, Apartamento 401
Ciudad: Medellín

Es decir, los IP utilizados para presentarse como Daniel Herrera figuraban a nombre del acusado. Luego, no hay duda que **Andrés Eduardo García Ruíz** creó el perfil falso mediante el cual logró obtener los desnudos de la niña, un medio que el acusado utilizó con ese fin y a través del cual la menor le remitió las fotografías de su cuerpo, bajo la creencia de que se los enviaba a Daniel Herrera y no al acusado.

El procedimiento para obtener dicha información fue respetuoso del ámbito normativo y el resultado impecable desde el punto de vista de los objetivos buscados. Por eso el reproche que formula el recurrente en cuanto a la legalidad del procedimiento carece de respaldo en la actuación y así mismo es infundada la censura sobre el alcance probatorio de los datos obtenidos.

Lo demás tiene una secuencia perfecta:

Se probó que **Andrés Eduardo García Ruíz** creó en facebook un perfil falso a nombre de Daniel Herrera. Eso explica por qué tenía en su poder las fotografías que le indicó a la abuela de *AQM* - recuperadas del aparato receptor de *AMQM* —, no sin antes advertirle a la niña sobre los efectos desagradables que esas imágenes causarían a sus familiares, a quienes se las dio a conocer en represalia por haber puesto en evidencia la relación que sostuvo con su hermana y que fracasó como consecuencia de esa información.

La prueba documental corrobora las declaraciones de las hermanas AQM y AMQM. Al conglobar sus versiones con la probada manipulación que hizo **Andrés Eduardo García Ruíz** de la identidad de Daniel Herrera, se infiere que fue el acusado quien llevó a AQM a fotografiarse para él, en poses de lo que el tipo penal de pornografía denomina “representaciones reales de actividad sexual”.

Ningún juicio negativo sobre la legalidad de la prueba es entonces aceptable. Tampoco sobre su idoneidad para establecer más allá de toda duda que, haciéndose pasar por Daniel Herrera, **Andrés Eduardo García Ruíz** le pidió a AQM imágenes de su cuerpo, en las que aparece desnuda y en una de ellas, bastante explícita, exhibiendo su sexo con las piernas abiertas.

Ante esa evidencia, el defensor sostiene que de haber apreciado los fragmentos de las declaraciones de Angela Quiroz Piedrahita y Luz Leida Piedrahita, en los que hablan de la preocupación del acusado por el proceder de la menor, el ánimo de venganza desaparece, dando a entender que por esa razón la conducta es atípica.

Es cierto que las testigos dijeron que el acusado les expresó esa inquietud. Pero esa manifestación no tiene los alcances que se insinúa. Por el contrario, desde el punto de

vista probatorio ese presunto desvelo emerge como una treta para ocultar la procedencia de las fotografías, pues no podía informar a la familia que creó el perfil para aparentar ser otro, ante quien AQM sucumbió para mostrarle su cuerpo como él quería.

Dogmáticamente esa falsa preocupación tampoco tiene los efectos que reclama.

Hay que distinguir: el dolo implica el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y voluntad de realización (*artículo 22 del Código Penal*). El móvil es el motivo que induce a alguien a ejecutar u omitir una conducta. El dolo no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es mediato, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador, sin perjuicio de los efectos que produzca a través de las circunstancias modificativas concretas que pudieran operar. Así ocurre, por ejemplo, con el delito de homicidio cuando se comete por motivo abyecto o fútil (*artículo 104 numeral 4 del Código Penal*), o incluso exculpatorio, ante la necesidad de salvar un derecho propio o ajeno ante un peligro inminente (*numeral 6 del artículo 32 ibídem*).

De manera que en este caso los rendimientos del supuesto móvil altruista con que habría actuado **Andrés**

Eduardo García Ruiz, carecen de las bondades dogmáticas que el recurrente les atribuye.

Los cargos por errores en la apreciación de la prueba, entonces, no prosperan.

Fijada en esos términos la solución al tema planteado por el demandante, la discusión estaría saldada, según lo sugieren el Ministerio Público y el fiscal.

Sexto. El delito de pornografía con personas menores de 18 años, por el cual fue condenado el acusado, lo describe el artículo 218 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009, en los siguientes términos:

“El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita 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 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.”

La Sala ha interpretado el tipo penal en mención en dos decisiones hito.

En la primera, que corresponde a la SP del 7 de abril de 2018, Radicado 45868, lo hizo con el fin de explicar el alcance del elemento normativo “representaciones reales de actividad sexual” empleado en la redacción del tipo penal, pues antes de la Ley 1336 de 2009, la norma señalaba que incurre en el delito de pornografía con menor de 18 años, quien “fotografie, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico”.

Sobre el particular, mayoritariamente la Sala expresó:

“La reforma del artículo 24 de la Ley 1336 de 2009, amplió el número de conductas, pues a las tradicionales de fotografiar, filmar, vender, exhibir, el legislador agregó las de grabar, producir, divulgar, ofrecer, poseer, portar, almacenar, transmitir, exhibir e intercambiar.

De igual modo, el componente de material pornográfico pasó a denominarlo representaciones reales de actividad sexual, y precisó que la iconografía ilegal puede estar destinada al uso personal del agente o al intercambio que efectúe con otras personas.”

En ese marco conceptual, después de una amplia referencia a conceptos de expertos sobre la materia y al derecho convencional, la Corte concluyó que:

“... el ingrediente normativo de las representaciones reales de actividad sexual con personas menores de 18 años, alude a la iconografía en la que participan seres humanos con edad inferior a la señalada, desarrollando conductas sexuales explícitas tendientes a producir excitación sexual.”

Teniendo en cuenta lo anterior, si los elementos o ingredientes normativos son presupuestos del injusto que sólo pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho, *“la representación real de actividad sexual”* no puede examinarse únicamente a partir del dato objetivo constituido por la fotografía y al margen de la finalidad de la conducta, pues ello puede llevar a no muy aconsejables conclusiones, que muchas veces dependen de juicios meramente subjetivos, personales, o incluso de las actitudes morales de quien las analiza, siendo que, como lo ha señalado la Corte Constitucional, *“la interpretación de las normas jurídicas que regulan conductas sexuales, debe poder ligarse a un criterio común y mayoritariamente aceptado, que impida a toda costa que el alcance y la consecuencia de su aplicación derive de las creencias morales personales e íntimas del intérprete de turno.”*¹⁰

Apreciada la conducta desde esta perspectiva, es claro que el acusado requería las fotografías para impactar a la familia y dejar en evidencia a la niña. Para conseguir esos fines la imagen de su cuerpo desnudo no era suficiente. Eso explica que la menor apareciera con sus piernas abiertas y mostrando su sexo, una imagen que no se limita a exhibir su

¹⁰ Sentencia T 392 A de 2014

cuerpo al margen de lo que constituye o se entiende por representación sexual explícita.

Así que, este aspecto relacionado con la objetividad de la conducta, está en el ámbito de la concepción asumida por la Sala.

En la segunda providencia, esto es, la SP del 24 de octubre de 2019, radicado 47234, mayoritariamente la Sala explicó el *alcance y sentido* del artículo 218 del Código Penal. Señaló que las conductas allí descritas son típicas a condición de que se realicen en *“un trasfondo de explotación sexual.”*

Al respecto, expresó:

“El problema se presenta, aparte del tipo del artículo 219-A del Código Penal, con los de los artículos 217-A (demanda de explotación sexual comercial de persona menor de dieciocho -18- años de edad) y 218 (pornografía con menores de dieciocho -18- años) de la Ley 599 de 2000. Por ejemplo, el bachiller que conserva en su móvil, para su satisfacción privada y personal, las fotos con desnudos y actos de masturbación que su novia de diecisiete (17) años le envió por Whatsapp. Sin la lectura restringida que para este Capítulo IV del Título IV de la Parte Especial aquí se propone, el agente realizaría el artículo 218 de la Ley 599 de 2000. Su acción, sin embargo, es parte de la intimidad que tiene con su pareja y sería fruto en ambos de la libertad sexual constitucionalmente reconocida.

Similares argumentos a los ya analizados para el tipo del artículo 219-A del Código Penal son también aplicables a los tipos del 217-A y 218, a saber: (a) cuentan con el fin expreso por parte del legislador de combatir la explotación y el turismo sexual, (b) están localizados en el capítulo de la “explotación sexual” (c) son producto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado para

luchar contra la delincuencia organizada dedicadas a la pornografía ilícita y la prostitución infantil, y (d) una interpretación no restringida puede llevar a la sanción de comportamientos que ya están previstos en el Código Penal con una pena menor o que son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad.”

Es necesario el siguiente ajuste a la interpretación realizada por la Corte en la sentencia indicada:

(i). La ley 599 de 2000 inicialmente describía el delito de “pornografía con menores” así:

“El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez a catorce años y multa de ciento treinta y tres a mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Se subraya)

La tipicidad estaba vinculada a la finalidad comercial y en cuanto al ámbito de protección por la edad, hablaba genéricamente de menores.

(ii). La Ley 1236 de 2008 incrementó las penas, pero no modificó la estructura del tipo penal. En las discusiones legislativas se expresó lo siguiente:

“Frente al drama que vive la sociedad por la victimización de los menores, las argumentaciones de la solución penal como última ratio, deben ceder. Hay que hacer algo y si bien es cierto no somos partidarios de la pena de muerte, ni la cadena perpetua ni otras “soluciones límite”, patrocinaremos la idea de imponer penas más severas que eviten de por sí beneficios y rebajas que hoy día están

dejando a los abusadores, en muy poco tiempo, reacomodados en sus residencias sin recibir un castigo ejemplar que sirva de defensa a la sociedad y de ejemplo disuasivo a potenciales criminales.”¹¹

(iii). En los antecedentes legislativos de la Ley 1336 de 2009, mediante la cual se adiciona la Ley 679 de 2001, no se encuentra una razón explícita acerca de la configuración del nuevo artículo 218 del Código Penal. Sobre su modificación, a iniciativa del Senado, se sostuvo:

“En la Cámara de representantes se sugirió tener en cuenta la redacción del delito de pornografía que se hace en el Proyecto de ley número 181 de 2007 Senado, se propone armonizar ambas redacciones para complementar los verbos rectores y cumplir con una de las obligaciones del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez, ratificado por Colombia en el año 2002.”

Por su parte, en el proyecto de ley 181 de 2007, que dio origen a la Ley 1329 de 2009, se especificó:

“Los Estados se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”, para lo cual deberán adoptarse medidas de carácter nacional, bilateral multilateral para impedir: “a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

A partir de ese derrotero, respecto del delito de pornografía infantil se explicó:

“El delito de pornografía infantil sanciona únicamente el acto de fotografiar o filmar material pornográfico que involucre niños, niñas o adolescentes. La norma penal no sanciona otras conductas

¹¹ Gaceta del Congreso número 362 del 12 de septiembre de 2006.

de igual gravedad como lo es la posesión o tenencia.

Es imperativo establecer tal y como se propone en el presente proyecto de ley sancionar otras conductas que contribuyen a la cadena del delito de pornografía infantil, considerando que este tipo penal no se inicia ni termina con la filmación o compra venta de material pornográfico donde intervienen menores de 18 años, sino atraviesa otros procesos como son la distribución, divulgación o la posesión de este material.

Por lo anterior se incluye dentro de la propuesta la modificación a los artículos 218 y 219 A del Código Penal para tipificar nuevos verbos rectores en las conductas punibles de pornografía infantil y contrarrestar estas nuevas modalidades de explotación sexual infantil.”

En ese propósito se incluyó un mayor número de conductas. En principio no tantas como las que finalmente se incluyeron en la Ley 1336 de 2009. En el proyecto inicial se propuso la siguiente descripción:

Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.”¹²

En cambio, el texto final del actual artículo 218 quedó así:

¹² *Gaceta del Congreso 554 de 2007*

“El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita 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 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.”

(iv). Los textos hacen parte de proyectos de ley diferentes. Pero la Ley 1336 de 2009 tomó del que se convertiría en Ley 1326 lo esencial en cuanto a la propuesta de modificación del artículo 218 del Código Penal.

Con esa aclaración se puede precisar lo siguiente:

El proyecto inicial de modificación del artículo 218 del Código Penal incluyó las conductas de “*grabar, producir, poseer, portar, almacenar y transmitir representaciones reales de actividad sexual*”, pero no la expresión para “*uso personal o intercambio*”, como quedó en el texto finalmente aprobado mediante la Ley 1336 de 2009.

Ese agregado es sustancial. Aunque el proyecto 181 de 2007 que dio origen a la Ley 1229 de 2009, tuvo como finalidad principal enfrentar la explotación infantil¹³, la frase

¹³ La **explotación económica** está referida a las acciones mediante las cuales se utiliza, de manera abusiva, a una persona menor de edad para obtener un beneficio económico. La **explotación sexual** está referida al conjunto de acciones realizadas de forma abusiva frente a una persona menor de 18 años para obtener un beneficio, aprovechando cierto desequilibrio de poder, con la intención de explotar sexualmente

“*para uso personal*” que se incluyó finalmente en la Ley 1336 de 2009, matiza esa finalidad. Con esa frase, la redacción no excluye la posibilidad de interpretar el tipo penal a partir de conceptos distintos al de explotación sexual, como la violencia o el abuso, modalidad que también preocupa a las Naciones (*artículo 34 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, aprobada mediante la Ley 16 de 1991*).

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.

(v). En la providencia SP del 24 de octubre de 2019, radicado 47234, se puso de presente la preocupación frente a conductas que no involucran la explotación sexual. Entre ellas destacó la del novio que conserva imágenes

a esa persona, ya sea para sacar provecho o por placer personal. Ambas prohibidas en la Convención de los derechos del niño.

representativas de actividad sexual de su pareja menor de edad -mayor de 14 y menor de 18 años—, ejemplo a partir del cual mostró la contradicción existente entre sancionar este tipo de conductas, y permitir las relaciones sexuales con menores de esa edad.

La contradicción desde el punto de vista meramente objetivo es evidente. Cómo es posible sancionar a la persona que fotografía a la novia en poses explícitas de actividad sexual, por conservarlas o guardarlas, pero a su vez se le autoriza a sostener relaciones sexuales con ella.

La Sala encontró que eso solo era posible si se analiza el artículo 218 del Código Penal por fuera de la explotación sexual como finalidad, frase que incorporó al tipo penal a la manera de ingrediente subjetivo.

Esa es una opción, pero no la única.

Cuando las fotografías son el producto voluntario de una persona mayor de 14 años pero menor de edad –así registren actividades reales de representación sexual—, su porte no es típico del delito de pornografía con menor de 18 años, pues ello encarnaría el contrasentido que al menor entre esas edades se le permite disponer de su sexualidad en el marco de su autonomía ética, pero no tomarse fotografías con el novio.

En efecto, si bien el programa penal de los delitos sexuales supone la presunción de que el consentimiento no tiene incidencia en los casos de acceso y actos sexuales abusivos con menores de 14 años, (*artículos 208 y 209 del Código Penal*), esa misma reflexión no procede en los casos en que el mayor de 14 años y menor de 18 presta su consentimiento, por la libertad sexual que se le reconoce en esa materia al menor entre esas edades, siempre que no se pretenda su explotación, o la conducta sea producto de la violencia, el abuso o el engaño.

En ese margen, a la Sala no le preocupa la conducta que se juzga, pues es evidente que **Andrés Eduardo García Ruíz** llevó a la menor a enviarle fotografías contentivas de representaciones explícitas de actividad sexual, con el fin de utilizarlas para dejar en entredicho su comportamiento. No importa que los destinatarios hayan sido miembros de su núcleo familiar, sino la finalidad: *poseerlas con el fin de transmitir las*. Con ello se afecta, en este caso, por la edad, su formación sexual y su dignidad, al instrumentarla como objeto y no como sujeto, pues la conducta, aparte de tratarse de una menor menor de 14 años, fue el producto del engaño a través de redes sociales (*grooming*), que anula el consentimiento aún tratándose de personas con capacidad de consentir.

Con esas precisiones, entonces, la Corte no casará la

sentencia objeto de impugnación.

Por lo expuesto, La Sala de Casación Penal, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,

Resuelve:

No casar la sentencia proferida el 28 de agosto de 2017 por el Tribunal Superior de Medellín, mediante la cual confirmó la condena impuesta en primera instancia a **Andrés Eduardo García Ruíz** como autor del delito de pornografía con menor de 18 años.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE


PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



GERSON CHAVERRA CASTRO



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Sala Cas-



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria