



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado Ponente

SP1863-2021

Radicación No. 56656

Aprobado Acta No. 118

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS

La Sala decide la impugnación especial interpuesta por el defensor, contra la sentencia del 26 de agosto de 2019 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, que revocó el fallo absolutorio del 13 de mayo de 2019, emitido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cúcuta y, en su lugar, dispuso condenar a **DAVID SANTIAGO VARGAS BETANCOURT** por el delito de pornografía con personas menores de 18 años.

I. HECHOS

En la audiencia de acusación¹ se formularon cargos contra **VARGAS BETANCOURT**, como autor de la conducta punible de pornografía con personas menores de 18 años - artículo 218 del Código Penal-, en la modalidad de almacenamiento, como quiera que aquél, inicialmente sostuvo conversaciones por la red social *Bigo Live*, con la menor M.P.C.G. -15 años-, y luego por la aplicación *Whatsapp*, a través de sus celulares, y obtuvo de la misma una imagen que le solicitó en la que exhibía sus senos.

Luego de ello, el acusado exigió a la menor que se vieran para estar en la intimidad con ella, a lo cual esta se negó y adujo terminar la relación entablada, motivo por el que la presionó y amenazó con dar a conocer lo acontecido a sus familiares y amigos, por lo que finalmente acordaron que ella le haría entrega de la suma de \$500.000.00; pero temerosa ante la situación, la víctima contó lo sucedido a su hermano JOSÉ ANDRÉS CAPACHO GONZÁLEZ, quien acudió al grupo Gaula de la Policía Nacional a formular la denuncia en compañía de la menor, donde, recibida la misma se organizó el operativo que arrojó como resultado la captura del acusado, a las cinco de la tarde del 17 de julio de 2017, en la avenida 4 del Barrio Prado del Este de Cúcuta.

¹ Entendida la acusación como un acto complejo integrado por el escrito y su verbalización, conforme lo ha señalado la jurisprudencia (CSJ AP, 12 feb. 2020, rad. 56148; CSJ AP, 13 jun. 2018, rad. 52651, entre otras).

II. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. Ante el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cúcuta, el 18 de julio de 2017, se llevaron a cabo las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento contra el indiciado, por los delitos de extorsión, en concurso con pornografía con personas menores de 18 años; cargos que no aceptó el investigado, y se le impuso detención preventiva en centro carcelario como medida de aseguramiento, librándose la boleta de encarcelamiento respectiva ese mismo día².

2.2. En el escrito de acusación -presentado el 14 de septiembre de 2017-, la Fiscalía adujo: *«En cuanto a los hechos que determina la EXTORSIÓN Artículo 244 C. P., en la Modalidad de Tentativa, la cual le fue imputada al señor DAVID SANTIAGO VARGAS BETANCOURT, se tiene que el día 12 de septiembre de 2017, se suscribió un Preacuerdo entre el imputado VARGAS BETANCOURT y este despacho Fiscal, donde este aceptó los cargos por esta conducta, más no por el delito de PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS»*³, por lo que se elaboró el mismo exclusivamente por esta última ilicitud.

2 Fl. 6-8 c. o. Juzgado.

3 Fl. 21 *ibidem*.

2.3. La etapa de juzgamiento fue asignada al Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cúcuta, donde tuvo lugar la formulación de acusación el 27 de noviembre del mismo año⁴.

2.4. La audiencia preparatoria se agotó el 24 de agosto de 2018⁵.

2.5. El juicio oral tuvo lugar en sesiones del 17 de octubre⁶, 26 de noviembre de 2018⁷, 29 de enero⁸, 19 de febrero⁹, 21 de marzo¹⁰, 10 de abril¹¹ y 2 de mayo de 2019, fecha en la cual se dio a conocer el sentido del fallo absolutorio, por lo que se expidió la boleta de libertad a favor del procesado¹².

2.6. El 13 de mayo siguiente se profirió la respectiva sentencia que fue leída ese mismo día¹³, contra la cual interpuso recurso de apelación el representante de víctimas¹⁴ -quien lo sustentó dentro del término legal- y la Fiscalía, cuyo recurso fue declarado desierto por no haberlo fundamentado,

4 Fl. 35 *ib.*

5 Fl. 66-67 c. o. Juzgado.

6 Fl. 70 *ibidem*.

7 Fl. 79 *ib.*

8 Fl. 83 *ib.*

9 Fl. 87 *ejusdem*.

10 Fl. 91 *ej.*

11 Fl. 94 *ej.*

12 Librada el 03/05/2018 y recibida por el destinatario al día siguiente (fl. 100 y 102 *ib.*)

13 Fl. 107-112 *ejusdem*.

14 Fl. 114-117 *ej.*

según decisión del 29 de mayo de 2019 proferida por el *a quo*¹⁵.

2.7. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, revocó la sentencia de primera instancia y declaró penalmente responsable al acusado como autor del delito de pornografía con personas menores de 18 años, consagrado en el artículo 218 de la Ley 599 del 2000, imponiéndole las penas principales de 120 meses prisión y multa de 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2019, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena de prisión, además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, ordenando, igualmente, emitir la correspondiente orden de captura para el cumplimiento de la sanción impuesta.

2.8. El defensor del procesado hizo uso de la impugnación especial o doble conformidad¹⁶ prevista por el numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política - adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2018-, la cual sustentó dentro del término otorgado, sin que los no recurrentes se pronunciaran, por lo que corresponde a la Sala decidir lo pertinente.

¹⁵ Fl. 119 *ib.*

¹⁶ Fl 46-57 c. o. Tribunal.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

De entrada, el Tribunal hizo un marco legal y jurisprudencial sobre el delito de pornografía con personas menores de 18 años, previsto en el artículo 218 de la Ley 599 de 2000, para destacar lo relacionado con el ingrediente normativo «*representaciones reales de actividad sexual*» contenido en el precepto indicado, con fundamento en la providencia CSJ AP, 25 abr. 2018, rad. 46581.

Y una vez relacionada la prueba allegada en el juicio oral, hizo la evaluación de la misma, considerando creíble el testimonio de la menor víctima, dado su contenido y concatenación con las declaraciones de su hermano JOSÉ ANDRÉS CAPACHO GONZÁLEZ, el agente de la Policía Nacional DIEGO ARMANDO RODRÍGUEZ LÓPEZ, y los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía -CTI- EMILSE GONZÁLEZ OSPINA, BLANCA CECILIA RIVERA DÍAZ y JAIME ARTURO RAMÍREZ DÍAZ, quienes dieron a conocer lo realizado a partir de la información obtenida y la incautación del celular, dos *sim card* y la motocicleta en poder del acusado cuando fue capturado, lo mismo que con los resultados de la extracción técnica de los archivos magnéticos encontrados en esos dispositivos, en los cuales se verificó el hallazgo de la imagen de la menor mostrando sus senos, conforme lo ordenado por el ente investigador.

Consideró que con ello se pudo establecer que la referida imagen corresponde a la de la menor afectada -quien fue observada en el testimonio que rindió en el juicio oral-, ya que puede apreciarse el rostro en la fotografía a la que hizo alusión RAMÍREZ DÍAZ, la cual fue almacenada por el procesado en su celular cuando la víctima se la remitió, y luego la utilizó para constreñirla; además que también se logró determinar la minoría de edad de aquella, y el conocimiento que el procesado tenía de esa circunstancia, toda vez que él mismo adujo, al declarar en el juicio, que la víctima le manifestó tener 15 años.

Fue así como el *Ad quem* encontró probado que el acusado almacenó una imagen real de una persona menor de 18 años de edad, exhibiendo sus partes íntimas, esto es, que se demostró que en el celular del procesado se encontraba una representación real de M.P.C.G. mostrando sus senos -contrario a lo sostenido por el juzgador de primera instancia, en el sentido de que ello no se determinó-, quien para el momento de los hechos contaba con 15 años de edad.

En lo que toca con la demostración de que dicha imagen sea pornográfica, lo cual estimó la defensa y el *a quo* debía hacerlo un experto, señaló el Tribunal que tal tesis olvida que es el juzgador, con base en el debate probatorio, quien determina el contenido sexualmente explícito de la fotografía y el contexto lascivo o de excitación sexual que produjo en el sujeto activo del punible, a la luz de la sentencia CSJ SP, 25

abr. 2018, rad. 46581, lo cual estableció, a partir del lenguaje utilizado por el acusado en las conversaciones que sostuvo por *Whatsapp* con la menor cuando ésta remitió su imagen y aquel adujo querer «masturbarse» al observarla. Conversaciones a las cuales accedió el ente acusador de manera legítima, cuando el denunciante autorizó, en forma expresa, utilizar las mismas, conforme a CSJ AP, 11 abr. 2018, rad. 52320.

Por lo que con las pruebas aportadas encontró demostrada, más allá de toda duda razonable -en contravía de la duda planteada por el *a quo*-, la configuración de la conducta punible descrita en el artículo 218 del Código Penal, y la responsabilidad del procesado; motivo por el cual revocó la sentencia absolutoria, y en su lugar, condenó a **VARGAS BETANCOURT** como autor de la misma, imponiéndole las penas ya mencionadas y librando en su contra la orden de captura correspondiente, al negarle el otorgamiento de la ejecución condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El defensor del acusado fundamenta su disenso frente a la sentencia proferida por el Tribunal, en los siguientes puntos:

i) Cuestiona que de acuerdo con el testimonio rendido por JAIME ARTURO RAMÍREZ DÍAZ, investigador líder del caso, este seleccionara 14 imágenes de contenido «erótico-sexual» que reposaban en el móvil incautado al procesado, en una de las cuales reconoció a la ofendida alzando su blusa y mostrando sus senos, tarea para la cual dijo haber verificado las conversaciones sostenidas entre víctima y victimario por *Whatsapp*, aportadas por escrito por el hermano de la menor, las cuales hacen parte del informe incorporado al proceso por RAMÍREZ DÍAZ, sin que el mismo fuera un testigo experto.

Imágenes dentro de las cuales existen varias de terceras personas a quienes el referido testigo *«no procuró su consentimiento para aducir o utilizar sus datos personalísimos en una investigación»*, como en efecto se hizo en el juicio; ilegalidad ante la cual el Tribunal salió al paso sosteniendo que la extracción de la información la había realizado la ingeniera de sistemas del CTI BLANCA CECILIA RIVERA DÍAZ, cuya diligencia fue objeto de control posterior por parte de un Juez, por lo que no se afectaba el alcance del acto de investigación.

Sin embargo, estima el impugnante, la evidencia que RAMÍREZ DÍAZ dijo haber consultado para seleccionar las imágenes fue el documento impreso de las conversaciones que entregó el hermano de la víctima y no la información de carácter digital que debió extraer un forense, explicando las herramientas utilizadas para hacerlo.

ii) Como segunda razón de su disenso -pese a referirse en principio al tema anterior-, argumenta el defensor que la condena está fincada en medios suasorios que no debieron ser tenidos en cuenta, a la luz del artículo 23 de la Ley 906 de 2004, puesto que su obtención violó garantías fundamentales, y por ello son nulas de pleno derecho al tenor del artículo 455 *ibidem* y 29 de la Carta Magna.

Advierte al respecto que la aplicación *Whatsapp* es una red social digital por la cual se remiten y receptan fotografías, videos, audios, textos y conversaciones que las personas digitalizan, por ende, el documento que las represente o en el cual se encuentren contenidas debe ser digital, y en consecuencia, al juicio debió traerse o incorporarse por medio de un CD, USB u otro contenedor de la misma naturaleza, para ser tenida como evidencia o elemento material probatorio, la conversación entre víctima y victimario, siendo necesario, para extraerla, acudir a alguno de los equipos del emisor o receptor.

Agrega, que la labor de RAMÍREZ DÍAZ consistió en imprimir un informe de policía judicial al que anexó el escrito contentivo de las conversaciones de *Whatsapp* que entregó el testigo JOSÉ ANDRÉS CAPACHO GONZÁLEZ, lo que quiere decir que éste hizo las veces de perito que extrajo aquellas conversaciones, sin tener esa condición, por lo que se requería la intervención de un experto en informática

forense, usualmente un ingeniero de sistemas, quien con la utilización de una herramienta idónea, tiene la capacidad de extraer copia fiel de los datos contenidos en medios de almacenamiento digital, todo esto, a la luz del artículo 247 del Código General del Proceso.

Por tanto, adujo, la prueba documental donde se encontraban las supuestas conversaciones, no era admisible por incumplir el requisito de la conducencia, ya que para demostrar la existencia de un mensaje vía *Whatsapp*, el medio idóneo no era documental sino el formato digital, además, si de todas maneras ingresó con ese reproche de idoneidad, el *ad quem* no debió «tener por verificado quiénes eran las personas que intervenían y la autenticidad u originalidad del contenido de lo conversado en tiempo pasado», por lo que solicitó excluir las impresiones de los mensajes, chats o conversaciones aportadas al juicio, por cuanto su aducción adolece de ilegalidad al ir en contravía de la normatividad mencionada, «bajo una metodología que no acredita origen ni mismidad, sobre lo cual no opera libertad probatoria por estar regulado en expresa ley la forma en que su representación debe arribar a las actuaciones judiciales».

Ahora, en cuanto al elemento material digital incorporado al juicio, manifiesta el impugnante que cuenta con otra problemática de orden legal, que también conduce a su exclusión, esto es, la violación al derecho fundamental de la privacidad, porque tratándose de conversaciones entre un adulto y una menor de edad, la publicación de las mismas

debía ser autorizada por sus autores, y al ser claro que el victimario no era el llamado a ofrecer el consentimiento sino la menor víctima, dicha autorización debía ser emitida por alguno de sus representantes legales -padres-, pero quien ofreció tal consentimiento fue su hermano JOSÉ ANDRÉS CAPACHO GONZÁLEZ, el cual no acreditó que por decisión judicial ostentaba la representación legal de la menor no emancipada, circunstancia que acredita el vicio de legalidad de la prueba.

Considera, de otro lado, que no obstante el llamado de atención que hizo el Tribunal a la Fiscalía por haberse incorporado al juicio imágenes de personas ajenas a los hechos junto a la de la menor afectada, y del control posterior efectuado sobre ese acto de investigación por parte del Juzgado con funciones de control de garantías que avaló el mismo, el Estado se extralimitó al entrometerse y exponer las imágenes de las primeras, en particular de la ex novia del acusado, por violentar el derecho fundamental a la intimidad, estimando, en consecuencia, que todo ese acto investigativo que luego trascendió a prueba documental debe quedar excluido por ilicitud.

iii) Por último, alega la atipicidad de la conducta, pues que si bien en la sentencia condenatoria se tiene como demostrado uno de los verbos rectores del artículo 218 del Código Penal, como es el de almacenar, a la luz de la CSJ SP, 25 abr. 2018, rad. 46581, la pornografía corresponde a la

existencia de imágenes (iconografía) como material que expone comportamientos sexuales explícitos, lo que traduce que necesariamente deben confluír una pluralidad de ellas, y como en el caso concreto tan solo se incorporó al juicio una fotografía de la menor que se tilda de pornográfica, con ella sola no puede sostenerse que se haya actualizado el verbo almacenar previsto por el artículo 218 del C. Penal, puesto que la Corte ha señalado que dicho verbo significa guardar o reunir muchas cosas -CSJ AP, 21 ene. 2003, rad. 20376-.

Además, afirma que el mismo artículo 218 requiere almacenar «*representaciones reales de actividad sexual*», es decir, pluralidad del objeto material, lo cual es lógico porque la actividad de la pornografía corresponde a un segmento industrial legalizado que funciona desde el concepto de pluralidad, motivo por el cual considera que la decisión impugnada desconoce los artículos 10 y 11 del C. Penal.

De esta forma solicita que se revoque la sentencia condenatoria proferida por el *ad quem*, y en su lugar, se absuelva al procesado.

V. NO RECURRENTES

Los representantes de la Fiscalía y del Ministerio Público guardaron silencio en la oportunidad que se les

otorgó para pronunciarse respecto del recurso interpuesto.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Competencia

De acuerdo con el numeral 7° del artículo 235 de la Constitución Política -modificado por el artículo 3° del Acto Legislativo No. 1 de 2018-, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la impugnación especial elevada contra la primera condena proferida por los tribunales superiores de distrito, ceñida a los principios de limitación -por lo que revisará los aspectos impugnados y los que resulten inescindiblemente vinculados a su objeto-, y de no reforma en peor -esto es, sin agravar la situación del procesado en cuyo favor se interpuso el recurso, por tratarse de impugnante único-.

Desde ya se anticipa que del estudio de los presupuestos que delimitan este asunto, la Sala concluye que es necesario revocar la decisión de segunda instancia, aunque por razones diversas a las que soportan la impugnación.

En efecto, la discrepancia del recurrente se concentra en que la prueba base de la condena se obtuvo con violación

de las garantías fundamentales, lo cual motiva su exclusión por ser nula de pleno derecho -artículos 455 de la Ley 906 de 2004 y 29 de la Carta Magna-, además que la conducta deviene atípica, toda vez que, en su criterio, el delito exige la confluencia de pluralidad de imágenes, por tanto, la única fotografía de la menor incorporada a la actuación, que se tilda de pornográfica, no actualiza el verbo rector (almacenar) por el que se condenó.

De tal manera, a fin de garantizar el derecho fundamental a impugnar toda sentencia condenatoria, las censuras serán resueltas abordando el alcance y contenido del delito imputado.

6.2. El delito de pornografía

6.2.1. En la actualidad existen tres importantes instrumentos legales internacionales que defienden los derechos del niño y tratan la pornografía infantil: i) la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 -aprobada mediante la Ley 12 de 1991 en Colombia-, que integra el «*bloque de constitucionalidad*», conforme a la jurisprudencia constitucional¹⁷, y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado en Nueva

¹⁷ CC. C-325 de 2000.

York y suscrito el 25 de mayo de 2000 -aprobado en nuestro país mediante la Ley 765 de 2002, que fue declarada exequible mediante sentencia CC. C-318 de 2003-; ii) el Convenio del Consejo de Europa sobre la ciberdelincuencia suscrito en Budapest el 23 de noviembre de 2001 -aprobado mediante la Ley 1928 de 2018, declarada exequible con sentencia CC. C-224 de 2019-; y, iii) el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, firmado el 25 de octubre de 2007 en Lanzarote, Islas Canarias, España. Además, la Unión Europea ha adoptado la Directiva 2011/92 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de niños y la pornografía infantil, suscrita el 13 de diciembre de 2011.

6.2.2. Dentro de los citados instrumentos, solamente el referido Protocolo en su artículo 2.2 describe que *«Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales»*.

6.2.3. En nuestro país, por su parte, originalmente la Ley 599 de 2000, consagraba en su artículo 218 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 seis (6) a ocho (8) años y multa de cien (100) a mil (1.000) 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».

6.2.4. Luego, la Ley 890 de 2004, dejó incólume la estructura del tipo penal y aumentó las penas de la siguiente manera: *«prisión noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes»*; y más tarde, la Ley 1236 de 2008, artículo 12, hizo lo propio, para fijar penas de *«prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de ciento treinta y tres (133) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes»*.

6.2.5. Pero, con la modificación introducida por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009, el delito se redefinió como **pornografía con personas menores de 18 años**, de la siguiente manera:

«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».

6.2.6. Conducta ilícita por la cual se acusó y condenó en segunda instancia, a **VARGAS BETANCOURT**, ubicada dentro del capítulo IV -de la explotación sexual- del Título IV - delitos

contra la libertad, integridad y formación sexuales- del Libro Segundo del Código Penal.

6.2.7. Punible sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala (CSJ SP, 7 feb. 2018, rad. 45868), al advertir que con la reforma introducida por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009, se ampliaron las conductas a través de las cuales se configura el punible, y se denominó *«representaciones de actividad sexual»* al material pornográfico, que *«alude a la iconografía en la que participan seres humanos con edad inferior a la señalada, desarrollando conductas sexuales explícitas tendentes a producir excitación sexual»*, esto es, que tengan *«la suficiente aptitud para causar excitación o satisfacción sexual a su realizador o realizadores, como sería, por ejemplo, el acceso carnal (vaginal, anal u oral), besos o caricias en órganos genitales u otras zonas erógenas, tocamientos lascivos del propio cuerpo o del de un tercero, la masturbación, entre otros»* (CSJ SP, 12 ago. 2020, rad. 52024).

6.2.8. Adicionalmente, en la sentencia de 24 de octubre de 2019, radicado 47234, mayoritariamente la Sala adujo que las conductas descritas en el artículo 218 del Código Penal, son típicas siempre y cuando se realicen en *«un trasfondo de explotación sexual»*, al sostener:

«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».

6.2.9. No obstante, ello fue matizado en últimas, mediante la sentencia de 4 de noviembre de 2020, radicado 51626, así:

«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 infantil¹⁸, la frase “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

¹⁸ 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 a esa persona, ya sea para sacar provecho o por placer personal. Ambas prohibidas en la Convención de los derechos del niño.

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 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».

6.3. El caso concreto

6.3.1. A partir de las premisas anteriores, emerge incuestionable que el impugnante malinterpreta la norma cuando aduce que la misma exige «pluralidad de imágenes» a efectos de actualizar la conducta punible, y que como la condena se fundamenta en una sola iconografía de la menor, deviene atípica; puesto que, en síntesis, lo que la ilicitud requiere es que la acción de fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar,

almacenar, para uso personal o para intercambiar, con las cuales se ejecuta el delito, recaiga sobre **una** representación real de una actividad sexual, sin exigir variedad de ellas.

6.3.2. Otra inconformidad del impugnante consiste en que la imagen de la menor, insertada junto a las demás que seleccionó el investigador del CTI JAIME ARTURO RAMÍREZ DÍAZ en el informe que se incorporó al juicio, no contaba con el consentimiento expreso de los representantes de la víctima y de las otras personas que aparecen en las demás fotografías, necesario «*para aducir o utilizar sus datos personalísimos en una investigación*»; además de argumentar que, al hacer la escogencia de las imágenes, el funcionario del CTI atendió las conversaciones de *Whatsapp* que fueron aportadas por el denunciante, quien no las extrajo de manera técnica por no ser perito idóneo para ello, razón por la cual considera que se violentó el derecho fundamental a la intimidad.

6.3.3. Por todo ello, aduce que la condena se sustentó en medios suasorios que no debieron ser tenidos en cuenta, a la luz del artículo 23 de la Ley 906 de 2004, dada la afectación de todo el acto investigativo que vulneró el derecho fundamental a la intimidad y, en consecuencia, deben ser excluidos por ser nulos de pleno derecho al tenor del artículo 455 *ibidem* y 29 de la Carta Magna.

6.3.4. Sin embargo, como lo evidencia su contenido, el

fallo de segunda instancia no se fundamentó, exclusivamente, en el señalado informe, sino en el caudal probatorio constituido por la prueba testimonial, documental y pericial allegado al juicio, en medio del cual se encuentra la declaración de RAMÍREZ DÍAZ en la que advierte que esas conversaciones fueron aportadas por el denunciante JOSÉ ANDRÉS CAPACHO GONZÁLEZ, quien confirma, en el testimonio que rindió, que cuando su hermana le contó lo sucedido, según lo corroborado por ella misma¹⁹: *«agarré una memoria y comencé pues a pasar toda la conversación y la llevé al CAIVAS para la denuncia, arreglé todo para llevarla al CAIVAS ante la denuncia, perdón al GAULA»*²⁰.

6.3.5. Ciertamente JOSÉ ANDRÉS llegó hasta las instalaciones del Gaula, junto con la víctima y formuló la denuncia -conforme lo ratificó en su declaración el agente de la Policía que lo atendió, DIEGO ARMANDO RODRÍGUEZ LÓPEZ-, a la que anexó por escrito, la conversación que obtuvo del celular de la menor, lo cual facilitó organizar el operativo que dio lugar a la captura en flagrancia del acusado, cuando pretendía recibir el dinero fruto de la extorsión a la que sometió a la menor²¹ - por la que fue condenado luego de suscribir un preacuerdo con la Fiscalía en razón de dicha ilicitud-, aprehensión que fue objeto de

¹⁹ *“fui acudir a mi hermano, que me ayudara y yo dije Andrés, es que ese muchacho me está discriminando a mí y después le ofrecí plata y yo no tengo plata, así que mi hermano miro el celular”* (sesión juicio oral 26/11/2018, fl. 79 CD c. o. Juzgado).

²⁰ Sesión del juicio oral del 19/02/2019 (fl. 87 CD c. o. Juzgado).

²¹ *“a la unidad del GAULA llega el hermano de esta persona, y él es el que coloca en conocimiento la situación que se le ésta presentando [...] se le brinda la asesoría al hermano de la muchacha [...] él como representante es el que va a instaurar la denuncia como tal [...] ella estuvo presente, pero nunca tuvo contacto verbal con el funcionario, siempre fue el hermano el encargado de la situación”* (Testimonio rendido en sesión del juicio oral del 26/11/2018 fl. 79 c. o. Juzgado).

estipulación probatoria²².

6.3.6. Pese a la desidia de la Policía y la Fiscalía que no se ocuparon de recoger y asegurar lo pertinente a fin de que con la intervención de un perito idóneo, a través de los medios informáticos y técnicos respectivos, se hiciera el registro y extracción del celular de la víctima; la conversación sostenida entre la menor y el victimario fue allegada por el hermano de la primera al denunciar lo acontecido, por lo que válidamente se accedió a la misma -atendida la protección especial que constitucionalmente se brinda a los menores-, de acuerdo con lo que la jurisprudencia ha decantado al respecto:

«Según se acaba de indicar, es posible que el acceso al contenido de las comunicaciones entre particulares se logre gracias al acto de liberalidad de una o varias de las personas que participaron en el acto comunicacional. En esos eventos, no puede predicarse la ocurrencia de un acto de investigación como los regulados en los artículos 233, 235 y 236 de la Ley 906 de 2004, por lo siguiente:

Ese tipo de renuncias a la intimidad frente a las comunicaciones puede darse en contextos como los siguientes: (i) la víctima que entrega una carta, copia de un correo electrónico, un mensaje de texto guardado en su teléfono, etcétera, como soporte de su denuncia o como evidencia que puede resultarle útil a la Fiscalía para el esclarecimiento de los hechos; (ii) cuando ese mismo tipo de información se encuentre en poder de un testigo, que decide entregarla voluntariamente para que la Fiscalía (o la defensa) la utilice con fines judiciales; (iii) cuando el partícipe en la comunicación decide poner su contenido en conocimiento de la Fiscalía o la defensa, así no la haya documentado; entre otros.

En los anteriores eventos, puede suceder que la víctima o el testigo plasmen en un documento físico lo que en principio tenía forma digital (como cuando imprimen los correos electrónicos o los chats), como también es factible que pongan a disposición de la Fiscalía o la defensa los aparatos en que los mismos están

²² Estipulación No. 1 fl. 1 c. Evidencias físicas.

contenidos (un teléfono, por ejemplo)». (CSJ AP, 11 abr. 2018, rad. 52320).

6.3.7. Ahora, el artículo 247 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso-, en el cual soporta el impugnante la tesis de que era necesario que la conversación entre la menor y el acusado, sostenida por *Whatsapp*, se incorporara al proceso a través de prueba pericial, señala:

«Valoración de mensajes de datos. Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos».

6.3.8. Pues bien, en la Ley 527 de 1999 el legislador delimitó aquello que debe entenderse por mensajes de datos y fijó las condiciones de los denominados equivalentes funcionales, es decir, de los requisitos técnicos, bajo los cuales un documento electrónico cumple la misma finalidad atribuida a un soporte en papel y, por consiguiente, se tiene como su homólogo para efectos jurídicos.

6.3.9. Por lo tanto, como en el ámbito probatorio los mensajes de datos son medios de convicción, se prohíbe expresamente negar capacidad demostrativa, efectos o validez jurídica, en cualquier actuación judicial o administrativa, a la información contenida en ellos, por el

sólo hecho de tratarse de información en esa clase de soporte o por no haber sido presentada en su forma original.

6.3.10. Lo señalado en el primer inciso de la norma citada es que los mensajes de datos serán valorados, como tales, en todos aquellos casos en que han sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud; mientras que el segundo inciso se refiere a una situación diferente, aunque relacionada, pues advierte que la «*simple impresión*» en papel de un mensaje de datos, debe ser apreciada con base en las reglas generales de los documentos, supuesto en el cual la información originalmente creada, enviada o recibida a través de medios electrónicos, ópticos u otros de la misma naturaleza, no es aportada al proceso en el mismo formato en que se transmitió y, de ahí que el legislador le otorgue un tratamiento diferente en términos de su apreciación como evidencia²³.

6.3.11. Lo anterior evidencia el yerro en que incurre el recurrente al concluir que era necesario allegar la mencionada conversación entre víctima y victimario como un mensaje de datos o su equivalente funcional al plenario, puesto que textualmente la norma en que se apoya prevé la posibilidad de que se incorpore mediante su impresión en papel para ser analizada, como ya se dijo, conforme a las

²³ Cfr. CC. C-604 de 2016.

reglas de valoración probatoria.

6.3.12. De otro lado, el argumento del impugnante desconoce el principio de libertad probatoria en virtud del cual la comisión del delito y la responsabilidad del acusado pueden demostrarse a través de cualquiera de los elementos probatorios legalmente establecidos, con tal de no violar los derechos humanos, como la jurisprudencia lo ha decantado, entre otras, en CSJ AP, 4 abr. 2018, rad. 51350:

*«[...] nuestro sistema procesal penal se rige por el principio de **libertad probatoria**, el cual se halla consagrado en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 que establece que “Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.”.*

En ese sentido, el recurrente yerra al suponer la existencia de una tarifa probatoria en materia penal (...), cuando en realidad nuestro sistema probatorio admite que los aspectos sustanciales objeto del debate sean probados por cualquier medio suasorio, siempre que este sea respetuoso de los derechos humanos de los sujetos implicados en el proceso. En esta vía de apreciación la Sala ha sido clara en señalar que²⁴:

*“Nuestro sistema probatorio permite y alienta a que los elementos constitutivos del delito, de la responsabilidad criminal, de las circunstancias que la excluyen, las que permiten dosificar la sanción y la naturaleza y cuantía de los perjuicios, pueden acreditarse con cualquiera de los medios de prueba, siempre que sean legal y oportunamente allegados a la actuación, salvo que, de manera expresa, la propia ley exija un elemento demostrativo especial, **que en el sistema de la Ley 906 de 2004 está exclusivamente previsto en el artículo 381.2 en lo que concierne a la prueba de referencia**, en cuanto impide que la sentencia condenatoria pueda estructurarse exclusivamente en medios probatorios que no hubieren sido sometidos a*

²⁴ Cfr. CSJ. AP, 18 jul. 2017, rad. 49140.

contradicción ni sometidos al control que le corresponde ejercer a la parte acusada.”. (Destacado de la Corte)».

6.3.13. El aludido artículo 373 de la Ley 906 de 2004 debe ser armonizado con el precepto 382 del mismo ordenamiento que menciona como medios de conocimiento «la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico».

6.3.14. Por consiguiente, no solo a través de la prueba pericial aducida por la defensa resultaba viable acceder a la conversación sostenida entre victimario y víctima mediante sus celulares vía *Whatsapp*, pues su existencia y contenido también podía acreditarse, como se hizo, con las declaraciones vertidas por el acusado, la menor víctima y por su hermano JOSÉ ANDRÉS CAPACHO GONZÁLEZ -quien la aportó por escrito con la denuncia-, lo cual fue confirmado por su receptor DIEGO ARMANDO RODRÍGUEZ LÓPEZ y por el investigador del CTI JAIME ARTURO RAMÍREZ DÍAZ, quien con ayuda de la misma contextualizó los hechos para elaborar el informe que rindió, según solicitud del ente acusador, tal y como lo mencionaron en las declaraciones que rindieron en el juicio, de las cuales aflora la realidad de la solicitud que hizo **VARGAS BETANCOURT** a fin de que la menor le remitiera imágenes, como lo hizo.

6.3.15. Ninguna tarifa legal existe respecto a la forma como debe arribarse al convencimiento de la existencia y naturaleza de la conversación advertida, en tanto el conocimiento de las charlas provino de una fuente independiente, como es la prueba testimonial señalada, en la que JOSÉ ANDRÉS CAPACHO GONZÁLEZ adujo sobre el contenido del diálogo entre el acusado y la menor.

6.3.16. Tampoco se requería el consentimiento de los padres de la víctima, como lo reclama el recurrente, para efectos de que su imagen -extraída del celular que llevaba consigo el acusado al momento de su captura, por la perito del CTI BLANCA CECILIA RIVERA DÍAZ, de acuerdo al informe de laboratorio rendido el 23 de agosto de 2017²⁵, como lo indicó en la declaración que rindió en el juicio, mediante la cual se introdujo como evidencia el aludido informe²⁶; procedimiento de registro que fue legalizado por parte del Juez 5º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cúcuta, en la audiencia celebrada con tal objetivo ese mismo día²⁷-, fuera utilizada como evidencia en el juicio oral, toda vez que su incorporación al mismo cumplió los requisitos legales para tal efecto, al ser requerida como prueba por la Fiscalía -quien de acuerdo con el artículo 66 del C. de P. Penal, está «obligada a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de una conducta punible, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política»-, descubierta y ordenada en la audiencia preparatoria, siendo allegada legalmente con las

²⁵ Fls. 68-77 *ib.*

²⁶ Sesión de juicio oral del 19/02/2019 (fl. 87 CD c. o. Juzgado).

²⁷ Fl. 19 *ejusdem*.

declaraciones de la referida perito y del investigador RAMÍREZ DÍAZ.

6.3.17. Ahora, sobre la forma como fue guardada en ese equipo la mencionada imagen, es el mismo acusado quien dio a conocer en la declaración que rindió, corroborando lo atestiguado por la menor, que a través de una plataforma de transmisión en vivo o red social de nombre *Bigo Live*²⁸, se contactó inicialmente con ella, y después por la aplicación de mensajería instantánea *Whatsapp*, mediante la cual admitió haberle solicitado fotos de contenido sexual, y al ponérsele a la vista aquella imagen, adujo «*si no estoy mal es una de las fotografías que fueron enviadas a través de la interacción que tuve con la señorita MPCG*», además de señalar haber recibido «*una o dos*» fotos con el rostro de la víctima, y haber establecido que se trataba de una menor de 15 años de edad²⁹, como ella misma dijo que se lo informó en esas conversaciones, en el testimonio rendido en juicio oral³⁰, hecho que fue objeto de estipulación probatoria entre las partes³¹.

6.3.18. Recuérdese, como ya se dijo, que por ser menor de 18 años la víctima, precisamente en procura de salvaguardar sus derechos ya citados, la investigación del delito por el cual se procede no requería querrela de parte, según el contenido del artículo 74 de la Ley 906 de 2004, y, por tanto, la Fiscalía oficiosamente estaba obligada a

²⁸ Google y YouTube.

²⁹ Sesión del juicio oral del 21/03/2019 (fl. 91 CD c. o. Juzgado).

³⁰ Sesión del 26/11/2018 (fl. 79 CD c. o. Juzgado).

³¹ Estipulación No. 8 (fl. 2 c. Evidencias físicas y audiencia preparatoria del 24/08/2018 (record: 36:30 CD)).

proceder como lo hizo en el caso concreto, al ordenar el registro del celular incautado en poder del capturado, dejando a disposición del juez de control de garantías los elementos de prueba recogidos, para su legalización dentro de las 36 horas siguientes -artículo 114.3 de la Ley 906 de 2004-, tal como se cumplió oportunamente cuando fue avalado dicho registro en audiencia celebrada el 23 de agosto por el Juzgado 5° Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cúcuta, al encontrar que satisfacía los criterios de autenticidad y legalidad previstos en el ordenamiento adjetivo criminal y que no se había desconocido la vigencia de los derechos fundamentales de las partes e intervinientes.

6.3.19. De otro lado, ninguna incorrección emerge por el hecho de haber considerado, el testigo RAMÍREZ DÍAZ, la conversación entre víctima y victimario a efectos de hacer la escogencia de las imágenes extraídas del celular del acusado, que luego incorporó a su informe, en virtud de que se accedió a ella válidamente, según quedó establecido, cuando el denunciante decidió aportarla voluntariamente para que la Fiscalía la utilizara en la investigación, como efectivamente aconteció.

6.3.20. Por último, en relación con la eventual vulneración del derecho a la intimidad de las demás personas cuyas imágenes fueron seleccionadas por el investigador del CTI, para elaborar el informe que rindió y fue incorporado al juicio con su testimonio, es de señalar que si bien es cierto

ello fue más allá de lo dispuesto por la Fiscalía al respecto, la cual le ordenó revisar la información extraída por la perito en informática, del celular incautado al acusado «*con el fin de identificar las fotografías de contenido pornográfico de la víctima*»; nunca se identificó ni individualizó siquiera a quiénes podían corresponder las mencionadas imágenes, sobre las cuales ningún juicio se emitió en esta actuación, como para que se advierta, en concreto, una eventual transgresión de sus derechos, cuya defensa directa o a través de apoderado no se ha ejercido.

6.3.21. De donde emerge que las mencionadas críticas del impugnante en manera alguna fundamentan un yerro del *ad quem*.

6.3.22. No obstante ello, acorde con lo atrás decantado sobre la materialidad del punible de pornografía con personas menores de 18 años -art. 218 C. Penal- por el cual se acusó y condenó a **VARGAS BETANCOURT**, conforme con la jurisprudencia citada, se tiene que:

«[...] la actividad sexual, cuya representación censura el art. 218 inc. 1º del C.P., es aquel comportamiento ejecutado en, ante, con o por un niño, niña o adolescente, que tiene por objeto la estimulación de deseos lascivos, que busca la excitación o la consecución de placer sexual o que pretende la liberación de la libido -del menor, de un tercero o de ambos-, y que además es apto para ello.

Dentro de tal categoría normativa -actividad sexual- es dable mencionar, desde luego, las distintas modalidades de acceso carnal (art. 212 del C.P.), así como los actos sexuales

diversos a éste (arts. 206 y 209 ídem), dentro de los cuales, a manera meramente enunciativa, pueden mencionarse múltiples posibilidades de satisfacción de apetencias sexuales, como besos, tocamientos lúbricos, masturbación, frotamientos, caricias o cualquier otro comportamiento apto para satisfacer el deseo sexual, mediante la estimulación de los sentidos del gusto, del tacto o de los roces corporales que implican proximidades sensibles o invasivas de las partes íntimas. Tales comportamientos sexuales son los más evidentes, pero como en acápite posterior se desarrollará (num. 2.2.2 infra), también existen otras modalidades de más compleja delimitación, que a pesar de no implicar contacto corporal entre dos personas, también pueden ser catalogadas como actividad sexual.

Ahora bien, como la finalidad del art. 218 no consiste en censurar, en sí mismo, el acto de connotación sexual ejecutado en, ante, con o por el menor de edad -donde el juicio de responsabilidad habría de basarse en otros tipos penales, p.ej. arts. 205, 206, 208 o 209 del C.P.-, sino la representación del mismo para ser reproducido como material documental transferible, la comprensión del ingrediente normativo actividad sexual ha de articularse con la noción de pornografía. Pues la punición de esta modalidad de abuso infantil se fundamenta en una constelación comunicativa, que trasciende la esfera física del acto en sí, para hacer partícipes a terceras personas, receptoras de la representación de aquél, o para la propia re-creación del acto, por quien lo registra. Tal contexto pornográfico es igualmente determinante para comprender el ámbito de aplicación del tipo penal, ya que la actividad sexual registrada, desde luego, ha de tener un carácter pornográfico.

Pornografía es una presentación abierta y cruda del sexo, que busca producir excitación³². En ese entendido, una representación es pornográfica cuando pone de relieve, de manera burda e intensa, comportamientos sexuales cuyo propósito o tendencia general apunta exclusiva o preponderantemente a la estimulación sexual, desbordando inequívocamente los límites de pudor determinados a partir de los valores vigentes en una sociedad determinada³³. Y esa finalidad de la obra debe ser reconocida desde la perspectiva de un observador objetivo, que reconozca en el contenido de la representación un mensaje de negación de la sexualidad como un acto interpersonal o como una esfera propia de la persona representada. Ello se presenta cuando

³² Cfr. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española: <http://dle.rae.es/?id=ThYXkZ3>

³³ Cfr. EISELE, Jörg. *Computer- und Medienstrafrecht*. München: C.H. Beck, 2013, p. 92. En la misma línea, una representación puede catalogarse como pornográfica cuando, por su carácter obsceno, se dirige a la excitación del impulso sexual, comprendiendo todas las formas de manifestación de la comunicación. Cfr. DE LA ROSA, José Miguel. *Los delitos de pornografía infantil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 33.

ésta es mostrada como un mero objeto de provocación de deseo o excitación sexual³⁴.

[...]

[...] haciendo abstracción de las dificultades que impiden dar un concepto preciso de pornografía, en consideración a los elementos de diverso orden que pueden adscribirla en una categoría subjetiva (morales, religiosos, culturales, etc.); debemos convenir que los componentes mencionados permiten identificar, en el carácter sexual explícito de las descripciones y la tendencia a la excitación sexual que produzcan las imágenes, la naturaleza pornográfica de las representaciones reales de actividad sexual susceptibles de penalizar por el artículo 218 del Código Penal.

Fuera de esa categoría se ubica la iconografía que no revele el contenido y la finalidad indicados. Por ejemplo, las reproducciones de desnudos que no descubran con lascivia los genitales, pues estas imágenes, por sí solas, no exponen acciones de tipo sexuales ni gestos lúbricos que despierten sensaciones de ese orden. Piénsese por ejemplo en la histórica fotografía de “La Niña de Napalm” (the terror of war) que le mereció el Pulitzer del 73 al reportero gráfico Huyhn Công Ũt (Nick Ut), la cual proyecta una persona, menor de edad³⁵, completamente desnuda, que arrastra consigo los horrores de la guerra; o en los desnudos que presentan los textos médicos o la publicidad de productos creados para la población infantil (pañales, toallas húmedas, cremas, etc.)

De igual modo, no constituyen pornografía las imágenes de niños en poses simplemente sugestivas, pues resulta imposible predicar que proyectan algún tipo de conducta sexual explícita, real o simulada, cuando se trata tan solo de una persona en una postura específica que ni siquiera exhibe de manera escueta sus genitales. Lo anterior, a pesar de que el material que las contiene pueda destinarse a la activación sexual de alguna persona o grupo de personas (los pederastas, los pedófilos), sin que tal eventualidad justifique considerar ilícita tal producción, ante la posibilidad y casi seguridad, de que a esas personas, sexualmente atraídas de preferencia o exclusivamente por los niños, imágenes incluso no sugestivas en las que aparezcan menores de edad, pueden resultarles suficientes para hallar el camino de la excitación sexual.

Desde esta perspectiva, cualquier intento de represión resultaría inútil, pues, en últimas, esos observadores con la sola idealización o representación mental que hagan de su objeto de deseo (un niño o niña), estarían en posibilidad de alcanzar la excitación sexual, lo cual implicaría desnaturalizar el derecho penal, al sancionar, no las acciones humanas que lesionen o

³⁴ Cfr. RENZIKOWSKI, Joachim. *Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie*. En: *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: Müller, 2015, p. 523.

³⁵ Phan Thi Kim Phúc tenía 9 años cuando sucedió el ataque en la guerra de Vietnam

pongan en peligro los bienes jurídicos, sino las fantasías e intenciones sexuales de algunos sujetos en particular.» (CSJ SP, 7 feb. 2018, rad. 45868).

6.3.23. Así las cosas, la imagen de la menor víctima - en la que se observa con la blusa levantada mostrando sus senos-, almacenada en el celular que le fue incautado al procesado cuando fue aprehendido -para su satisfacción personal y sin que al juicio se allegara prueba que demuestre que la obtuviera y conservara en un contexto de explotación sexual, violencia o abuso-, en manera alguna corresponde a una representación real de actividad sexual explícita destinada a producir excitación, y por ende, deviene atípica respecto del punible de pornografía con personas menores de 18 años atribuido.

6.3.24. Con fundamento en las razones que preceden, se impone la revocatoria de la sentencia impugnada y, consecuentemente, la confirmación de la absolución dispuesta por el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

Primero: REVOCAR la sentencia del 26 de agosto de 2019, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, mediante la cual condenó a **DAVID SANTIAGO VARGAS BETANCOURT**, y, en su lugar, **CONFIRMAR** la absolución emitida por el *a quo*, con fundamento en las consideraciones contenidas en la parte motiva de este fallo.

Segundo: Contra esta decisión no procede recurso alguno. Cancélese la orden de captura emitida por el Tribunal.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y Cúmplase



GERSON CHAVERRA CASTRO



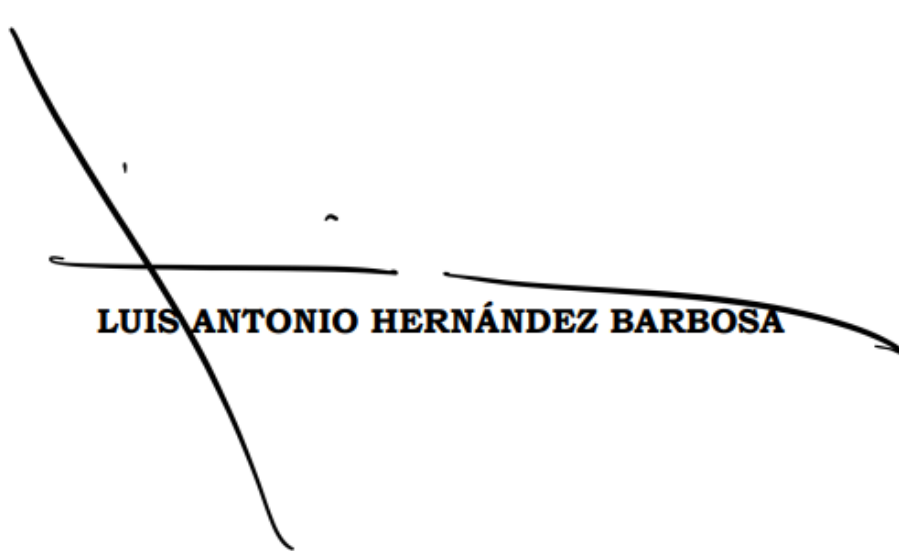
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal 2021