



Proceso n° 32554

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado ponente
JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ
Aprobado acta No. 318

Bogotá, D.C., siete de septiembre de dos mil once

VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado RALPH PALADINO, contra la sentencia condenatoria proferida en Sala Mayoritaria por el Tribunal Superior de Bogotá, por cuyo medio revocó la de carácter absolutorio del Juzgado 32 Penal del Circuito de esta ciudad.

HECHOS Y ACTUACION PROCESAL RELEVANTE

1. El 26 de enero de 2006 la Fiscalía 287 Seccional de Bogotá, ordenó llevar a cabo diligencia de allanamiento a la residencia ubicada en la Carrera 4ª N°56-11 de Bogotá,



sector de chapinero, con fundamento en el informe de policía judicial de la misma fecha en el cual se señaló que en dicho lugar residía un ciudadano extranjero quien, desde el mismo, desarrollaba actividades de proxenetismo con menores.

El allanamiento fue llevado a cabo por personal del Cuerpo Técnico de Investigaciones el 27 de enero siguiente, a partir de las 6:00 a.m., hallándose en el lugar “[...] libros de literatura sexual con menores, computador marca Sony VAIO en donde se encontró material de pornografía infantil en formatos de fotografía y video, disco compacto marca Verbatin con pornografía de menores”¹. En el mismo lugar fue capturado el ciudadano estadounidense RALPH PALADINO, morador de una de las habitaciones de la residencia allanada, quien se hacía llamar MANUEL SALVADOR RUIZ RODAS y poseía una cédula de ciudadanía y un certificado de antecedentes penales a nombre de tal persona.

2. Llevadas a cabo las audiencias preliminares de legalización de allanamiento y captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, la Fiscalía radicó escrito de acusación en contra de RALPH PALADINO como probable autor de las conductas punibles de pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores y falsedad material en documento público

¹ Cfr. Escrito de acusación, folio 12, carpeta principal



agravada por el uso, descritas y sancionadas por los artículos 218, 219A, 287 y 290 del Código Penal.

3. Ante el Juzgado 2 Penal del Circuito de Bogotá se celebró audiencia de acusación y en fecha posterior se produjo la ruptura de la unidad procesal, por cuanto el procesado aceptó la comisión del delito de falsedad material en documento público, agravada por el uso, conducta punible por la cual fue condenado a 36 meses de prisión.

4. En consecuencia, se expidió copia de la actuación en lo atinente a la acusación por los delitos de pornografía con menores y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer o contactar servicios sexuales de menores, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 26 Penal del Circuito de esta ciudad, autoridad que luego de resolver una solicitud de preclusión postulada por la defensa, se declaró impedido para seguir conociendo del proceso².

5. Aceptado el impedimento por el Tribunal Superior de Bogotá y sometido a reparto el proceso, su conocimiento se radicó en el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá, despacho que tras agotar las audiencias preparatoria y de juzgamiento, dispuso la absolución del procesado en sesión que tuvo lugar el 29 de agosto de 2008.

² Cfr. Auto del 8 de junio de 2007, folio 333



6. La Fiscalía apeló dicha determinación y el Tribunal Superior de Bogotá, a través del fallo recurrido en casación, lo revocó para en su lugar condenar a RALPH PALADINO a la pena principal de 15 años de prisión, multa de 450 salarios mínimos legales y la accesoria de expulsión del territorio nacional, como responsable de los delitos de pornografía con menores y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer o contactar servicios sexuales de menores, en concurso heterogéneo sucesivo.

LA DEMANDA

1. Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia.

El sentenciador dio por probada la minoría de edad de las personas que aparecen en los videos e imágenes, sin prueba científica o técnica que soporte esa conclusión. En su lugar, acudió a apreciaciones subjetivas inadmisibles porque si bien en Colombia existe libertad probatoria, también lo es que determinados eventos demandan de prueba idónea y no la sumatoria de evidencias, por más profusas y abundantes que ellas sean.

Así sucede con la minoría de edad, cuya determinación no puede lograrse con la mera percepción o mediante criterios personalísimos respecto de algún material obrante en el proceso, más cuando brilla por su ausencia la discriminación clara y concreta por parte del Tribunal



acerca de la evidencia en la cual se basó para, a simple vista, determinar que las personas allí registradas eran menores de edad, a través de características tales como *“contextura corporal, rasgos físicos, la estatura, el desarrollo de los caracteres sexuales y la ausencia de vello púbico y axilar”*.

En este caso, correspondía a la fiscalía soportar la carga de la prueba, sometiendo al análisis de peritos médico forenses el material de los videos e imágenes incautados, como también debió ocuparse de determinar, a través de expertos en informática, si tales imágenes no correspondían a montajes o alteraciones de la realidad a través de software para editarlos.

En tales condiciones, al hallarse indemostrado el elemento objetivo de los tipos penales imputados *-participación de menores de edad en el material pornográfico-*, la condena se produjo en flagrante violación de los artículos 29 de la Constitución Política y 9, 10, 11, y 12 del Código Penal.

2. Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad.

En la sentencia de segunda instancia se dio por probada que el procesado agotó la conducta de “exhibir” material pornográfico en el cual participan menores, conclusión a la que se llegó alterando el verdadero sentido y alcance de las pruebas.



En efecto, sostuvo el Tribunal que en el peritaje de Yesenia Ballestas se alertó acerca del hallazgo de “correos electrónicos” **enviados** por el procesado a los cuales anexó material de pornografía de menores, lo cual se dijo podía ser constatado a través de la confrontación de los anexos 9 y 10 del peritaje en cita.

No obstante el cotejo de esa conclusión con el contenido exacto de la prueba en que ella se funda, permite advertir el error denunciado, pues el informe pericial refirió específicamente frente al tema:

*“[...] archivo temporal eliminado y recuperado con el software forense ilook; en este directorio se encontró un archivo con extensión htmal, donde se observan algunas partes de un correo electrónico **recibido**, (getmsg) –mensajes enviados que el usuario ha recibido en su correo- de la cuenta de correo luzzory2000@hotmail.com, aquí se aprecia que ha sido anexado un archivo con extensión avi, de nombre ‘2boyplaypool1_05.avi’, al verificar la existencia de este archivo en la copia imagen del disco duro se localiza almacenado físicamente en la misma ruta C:/Documentes/my received files/boys in pool (ver anexo N°10).”.*

De lo expuesto por la perito se deducen las siguientes conclusiones:

“[...] i) Que se trata de un correo borrado espontáneamente y recuperado por la perito.



- ii) *Que son sólo partes de un correo electrónico, lo que por ende no se determina con claridad qué partes faltan.*
- iii) *Que es un correo que fue **recibido**.*
- iv) *En ningún momento el correo fue enviado por RALPH PALADINO, tal como lo manifiestan los Magistrados del Tribunal.*
- v) *Que en los archivos anexos no es posible leer los mensajes.*
- vi) *Que este fue el supuesto correo, soporte de la sentencia, tal y como lo referencia el Tribunal y la perito al remitirse a este anexo, ver anexos 9 y 10 en donde si a las fotos vamos, ni siquiera acudiendo a las reglas de la sana crítica y la experiencia se pudiese concluir que se trata de imágenes con menores de edad, en actos de pornografía o actos sexuales.*
- vii) *Que al ser recibido dicho correo, es imposible determinar que RALPH PALADINO, estuviese ofreciendo servicios sexuales a otras personas.”*

Tampoco se demostró que RALPH PALADINO se hubiera contactado a través de la internet con alguien para la obtención de servicios sexuales, máxime cuando la propia fiscalía admitió que era imposible ubicar a las menores que aparecían en los videos pues se trataba de extranjero, probablemente residentes en países europeos. Asimismo, en un esfuerzo desesperado por tipificar la conducta del procesado en el delito de que trata el artículo 219A del Código Penal, sostuvo el fallador que este se verificaba porque en su parecer,

“[...] es verdad de perogrullo que la interacción que se obtiene al ingresar a páginas web donde menores de edad realizan diversos actos de contenido sexual, ciertamente constituye una forma de contacto sexual que aquellos (...) por cuanto se encuentra probado que



hizo uso de las redes globales de información para obtener contacto sexual –virtual- con menores de edad, que en algunas ocasiones no tenían siquiera doce años...”

Esa postura interpretativa resulta inaceptable, pues a partir de ella se afirma que el sólo hecho de ver imágenes o videos con pornografía constituye conducta típica, antijurídica y culpable.

En suma, el Tribunal erró al interpretar el dictamen pericial para concluir que el procesado exhibió material pornográfico e hizo uso de las redes globales para contactar servicios sexuales con menores, sin que se cumpliera la conducta prohibida por esas disposiciones, razón por la cual se impone casar la sentencia condenatoria.

3. Cargo subsidiario. Desconocimiento de la estructura del debido proceso.

La sentencia de segunda instancia se profirió con violación del debido proceso, puesto que en el trámite del recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra del fallo absolutorio de primer grado, se privó a la defensa de la oportunidad de intervenir en la audiencia de sustentación del recurso.

Luego de aplazar la audiencia de sustentación del recurso, en la fecha y hora señalada para llevarse a cabo, la Magistrada Ponente la instaló y, acto seguido, decidió



aplazarla para las 2:00 p.m. del mismo día argumentando el cúmulo de diligencias por llevar a cabo, decisión que pese a sólo hallarse la fiscalía en el recinto notificó por estrados, privando así a la defensa del derecho de rebatir los argumentos de la impugnante.

Quien fungía como abogado de confianza del procesado para la época en que esa irregularidad se presentó, señaló en desarrollo de una acción de tutela interpuesta directamente por RALPH PALADINO, que el día de esta audiencia de sustentación concurrió personalmente al Tribunal y,

“[...] como advertí que se iba a celebrar otra diligencia con actores diferentes, hablé personalmente con la Magistrada que presidía la audiencia, quien me informó que la señora Fiscal había solicitado el aplazamiento, ante lo cual abandoné la sala y quede a la espera de que se me informara la nueva fecha, sin tener la oportunidad de que se dejara instalada la diligencia y la constancia de mi presencia y de la solicitud de aplazamiento”.

La irregularidad se verificó por cuanto la decisión de variar la hora de la audiencia constituía un evento excepcional que imponía, en términos del artículo 169 de la Ley 906 de 2004, efectuar la notificación mediante comunicación librada por la secretaría del Tribunal y no simplemente en estrado.

Como consecuencia de la anterior irregularidad, se violaron los artículos 168, 169, 170, 171, 172, 173 y 174 del Código



de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. Por ello, de ser acogida la causal de casación invocada, habrá de decretarse la nulidad desde el momento de aplazamiento de la audiencia de sustentación del recurso de apelación.

ACTUACIÓN DE LA CORTE

Mediante auto del 14 de septiembre de 2010 se admitió la demanda de casación y el 16 de noviembre siguiente tuvo lugar la audiencia de sustentación de la impugnación extraordinaria, en desarrollo de la cual las partes e intervinientes se pronunciaron respecto de la demanda de la forma en que a continuación se sintetiza:

Defensor del procesado

En lo fundamental reiteró la argumentación ofrecida en la demanda de casación tanto respecto de los cargos planteados, como a las solicitudes realizadas frente a cada uno de ellos.

Fiscal Delegada ante la Corte

1. Cargo subsidiario. Desconocimiento de la estructura del debido proceso.

En virtud del principio de prioridad, se ocupó en primer lugar de este cargo solicitando su desestimación. Ello porque no medió ninguna irregularidad que quebrante el



debido proceso, en tanto la única parte que concurrió a la audiencia de sustentación de la apelación fue la fiscalía y la decisión de continuarla en horas de la tarde fue correctamente notificada en estrados, conforme lo ordena el artículo 169 de la Ley 906 de 2004.

2. Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de existencia

Solicitó su desestimación por las siguientes razones:

2.1. Contrario a lo sostenido por la defensa, no existe tarifa legal para acreditar la edad de las personas e incluso si media duda sobre tal aspecto el código de la infancia y la adolescencia, en el parágrafo 1° del artículo 3°, establece que se presumirá la minoría de edad.

2.2. La observación de los videos extraídos del computador del procesado y aportados en dos CDs, como del álbum fotográfico introducido junto con el informe de la perito Luz Marina Cubillos, tornan evidente que aquél material incluye a niños, algunos de ellos de edad muy corta, en prácticas de contenido sexual.

2.3. Tanto la perito Luz Marina Cubillos quien estuvo en el allanamiento, como la Subintendente Yesenia Ballestas que practicó experticio técnico al computador, coincidieron en referir que el material que reposaba en el computador correspondía a niños y niñas realizando actos sexuales. Lo



que no podían aseverar los peritos, ni tampoco el Tribunal, es la edad específica de quienes participan en el material fotográfico y videográfico, más ello no incide en la demostración de que se trataba de menores de edad.

3. Violación indirecta de la ley sustancial. Error de hecho por falso juicio de identidad

La censura debe igualmente desestimarse porque:

3.1. La pericia de Yesenia Ballestas permitió al Tribunal comprobar que RALPH PALADINO si se dedicaba a exhibir representaciones de actos sexuales en los que participaban menores de edad. En efecto, la perito Ballestas concluyó que al consultar la información sobre los archivos enviados desde el computador del procesado, pudo extraer fragmentos de ellos, en los que aparecen videos o escenas sexuales de menores, como se evidencia a record 1:06:02 del CD2 del juicio oral.

3.2. En el informe pericial se concluyó que el computador fue empleado para enviar mensajes a través de Internet a cuentas de correo electrónico “anexando imágenes con contenido de pornografía infantil”.

Por eso, no se trataba de la simple descarga de videos para satisfacer el apetito libidinoso del procesado sino que realmente ellos fueron enviados a cuentas de correo electrónico y además fueron compartidos en la web para



que desde cualquier parte del mundo se accediera a los mismos, con lo cual resulta clara la acreditación de la conducta “exhibir” y adicionalmente la de ofrecer servicios sexuales con menores, luego el Tribunal no alteró el contenido material de la prueba.

El Procurador

En el mismo orden que impone el principio de prioridad, se pronunció respecto de los cargos formulados, así:

1. Cargo subsidiario. Desconocimiento de la estructura del debido proceso.

Solicitó su desestimación, dado que la notificación que la defensa denuncia como omitida si se produjo con apego a los lineamientos trazados por el artículo 269 de la Ley 906 de 2004, esto es, en estrados. Fue la inasistencia de la defensa a dicho debate lo que la privó de la oportunidad de intervenir en el mismo.

Adicionalmente, la defensa no demostró que la no comparecencia obedeciera a caso fortuito o fuerza mayor, motivo por el cual surge diáfano que ninguna irregularidad se presentó en cuanto al procedimiento aplicado para notificar la fecha de la audiencia de sustentación del recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primer grado.



2. Violación indirecta de la ley sustancial por errores de hecho.

En cuanto a los cargos principales el Procurador es también del criterio que no están llamados a prosperar, pues en materia penal opera el principio de libertad probatoria consagrado por el artículo 373 de la Ley 906 de 2004.

Ninguna irregularidad deriva de que se hubiera establecido la minoría de edad de quienes participan en las fotos y videos que reposaban en el computador del procesado, a través de la observación de dicho material, asistiéndole absolutamente la razón al Tribunal en este tópico, pues a esa conclusión se arriba con apoyo en las reglas del sentido común y de la experiencia, toda vez que por ejemplo tanto la talla como el peso son referentes de la edad cronológica, como también lo son el desarrollo de los órganos genitales y la presencia o ausencia de vello, datos que si bien pueden considerarse como simplemente aproximativos, son los mismos que eventualmente acompañarían un dictamen pericial para determinar la edad clínica de una persona.

Igualmente, está comprobada la configuración de los delitos atribuidos al sentenciado, esto es, los de pornografía con menores y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores.



CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No obstante que el actor formuló contra el fallo de segundo grado dos cargos principales por cuyo medio denunció la violación indirecta de la ley sustancial con ocasión de errores de hecho en la apreciación de las pruebas base de la condena, y uno tercero en calidad de subsidiario al amparo de la causal segunda de casación, esto es, por desconocimiento de la estructura del debido proceso, el principio de prioridad que gobierna este medio de impugnación extraordinario impone a la Corte avocar prioritariamente el examen de esta última censura, pues de estar llamada a prosperar tornaría inocuo ocuparse del contenido material de la sentencia que, en tal caso, habría sido proferida en juicio viciado de nulidad y, por ende, sería igualmente nula.

Siguiendo entonces dicho orden, se tiene:

CARGO SUBSIDIARIO. DESCONOCIMIENTO DE LA ESTRUCTURA DEL DEBIDO PROCESO.

Como consecuencia del principio de oralidad que informa el procedimiento penal acusatorio, las decisiones adoptadas en desarrollo de la actuación procesal se notifican a las partes en estrados y sólo excepcionalmente debe acudirse a la citación por medio escrito. Así lo prescribe con meridiana claridad el artículo 169 de la Ley 906 de 2004:



“[...] Por regla general las providencias se notificarán a las partes en estrados.

En caso de no comparecer a la audiencia a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. En este evento la notificación se entenderá realizada al momento de aceptarse la justificación.

De manera excepcional procederá la notificación mediante comunicación escrita dirigida por telegrama, correo certificado, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio idóneo que haya sido indicado por las partes.

Si el imputado o acusado se encontrare privado de la libertad, las providencias notificadas en audiencia le serán comunicadas en el establecimiento de reclusión, de lo cual se dejará la respectiva constancia.

Las decisiones adoptadas con posterioridad al vencimiento del término legal deberán ser notificadas personalmente a las partes que tuvieren vocación de impugnación.”

En el caso que ocupa la atención de la Sala, es verdad inobjetable que la defensa fue oportunamente enterada por la Secretaría del Tribunal Superior de Bogotá, a través de sendas comunicaciones escritas³, tanto de la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de sustentación del recurso de apelación interpuesto por la fiscalía en contra de la sentencia absolutoria, como de su reprogramación en virtud de la petición de aplazamiento presentada por la parte impugnante.

³ Cfr. Folios 96-98; 109 y 110



Asimismo, las constancias procesales informan cómo llegado el día y hora previamente fijados en esa segunda ocasión para llevar a cabo la audiencia, sólo concurrió la fiscalía, en cuya presencia se instaló el debate y se dispuso **continuarlo** a las dos de la tarde, determinación que fue notificada en estrados.

Importa señalar que nada de lo anterior resulta conculcatorio de la estructura básica del debido proceso, por cuanto no medió evento excepcional que impusiera al Tribunal librar comunicación escrita en orden a enterar a la defensa de la hora en que proseguiría la audiencia. Opuestamente, fue la parte que ahora reclama vulnerado el debido proceso, la que con su inasistencia se privó a sí misma del derecho de enterarse de aquella novedad y, más tarde, de participar en el debate.

En cuanto a dicho tópico, se equivoca el censor al sostener que la decisión del Tribunal de postergar para las horas de la tarde la sustentación de la apelación, debe interpretarse como un evento extraordinario que obligaba a librar comunicación escrita, a fin de agotar su enteramiento a las partes.

De hecho, basta verificar el registro respectivo para constatar que la audiencia se **instaló** de acuerdo con la programación previamente comunicada a las partes, luego la decisión de proseguirla más tarde pudo ser conocida por el defensor de haber concurrido a la audiencia respectiva



en cumplimiento de los deberes que le eran propios del mandato que le otorgó el procesado.

Por lo demás, acerca de las restantes incidencias narradas por el censor, bien está recalcar que en el proceso no obra una sola constancia acerca de la presencia del defensor el día en que tuvo lugar la sustentación del recurso, ni éste dejó constancia posterior acerca de la supuesta información verbal transmitida por la Magistrada Ponente sobre el aplazamiento de la audiencia a petición de la fiscalía. Tampoco allegó a la Corporación las explicaciones del caso para justificar algún motivo de fuerza mayor que le hubiera impedido comparecer a la audiencia respectiva.

Y es que aun admitiendo, en gracia de discusión, que el defensor del procesado haya sido enterado informalmente de que la audiencia no se iba a realizar a la hora previamente señalada, era su deber inexcusable esperar al acto de instalación de la audiencia programada, para enterarse allí mismo de la nueva fecha que habría de señalarse, en tanto que ese era el escenario en que dicha decisión debía adoptarse y notificarse a las partes, como en efecto aconteció.

En suma, fue la incuria del defensor la que lo privó de conocer y pronunciarse acerca de los argumentos expuestos por la parte apelante, más cuando al tenor de lo dispuesto por el artículo 178 de la Ley 906 de 2004, aunque le asistía el derecho de concurrir a la audiencia de



sustentación del recurso, su presencia no era indispensable para llevarla cabo.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

PRIMER CARGO. ERROR DE HECHO POR FALSO JUICIO DE EXISTENCIA.

1. Cuestión previa

Según se extracta de la fundamentación ofrecida por el censor en desarrollo del cargo, su propuesta casacional se funda en que la edad de las personas registradas en el material pornográfico hallado en el computador personal del procesado, sólo podía establecerse a través del concepto experto de médico legista y no a través del análisis efectuado por el Tribunal, a partir de la observación de los archivos mismos.

En ese orden de ideas, el yerro atribuido al Tribunal no se apoya en que hubiera supuesto la existencia de la prueba científica echada de menos y por tanto, tampoco corresponde a un error de hecho por falso juicio de existencia, pues como de manera pacífica ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, dicha especie tiene lugar cuando el sentenciador infiere consecuencias valorativas a partir de un medio de convicción que no forma parte de la actuación, o cuando omite apreciar uno legalmente aportado al proceso.



Opuestamente, la denuncia del casacionista apunta a denotar un yerro por falso raciocinio en la medida en que, a su juicio, para llegar a la conclusión de que se hallaba demostrado el elemento normativo de los tipos penales imputados al procesado, esto es, la calidad de **menores de edad** de quienes participan en las fotos y videos de contenido pornográfico almacenados por el procesado en su computador, no bastaba con acudir a la observación directa del material digital incautado y evaluarlo a partir de reglas de experiencia relativas al desarrollo fisiológico ordinario de las personas y la presencia cronológica de sus caracteres de orden sexual.

No obstante lo anterior, dado que la demanda fue admitida, la Sala dará por superado el defecto advertido, abordando su estudio desde la perspectiva analítica a la que en realidad corresponde.

2. El sistema de libertad probatoria y la necesidad de prueba pericial para establecer la minoría de edad

De acuerdo con el sistema de libertad probatoria que gobierna la materia procesal penal “... *los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este Código de Procedimiento Penal o por cualquier otro de carácter técnico o científico que no violen los derechos humanos*” -artículo 373 Ley 906 de 2004-.



Asimismo, el ordenamiento adjetivo erigió como medios de conocimiento de los cuales se sirve el juez para adoptar la decisión: la prueba testimonial, la pericial, la documental y la de inspección, así como los elementos materiales probatorios, evidencia física o cualquier otro medio técnico o científico que no viole el ordenamiento jurídico –*artículo 382 ejusdem*–.

El análisis de las anteriores disposiciones permite concluir de manera categórica que el legislador no condicionó la demostración de los hechos a la concurrencia de algún específico medio de conocimiento, sino que dotó al juez de la facultad de acudir a cualquiera de ellos, bastando con que cuenten con la capacidad demostrativa suficiente para acreditar su existencia, más allá de toda duda.

Por ello, aunque la Corte no desconoce que siempre podrán verificarse hipótesis⁴ en que determinado hecho o circunstancia demande para su demostración de un medio de convicción en especial o de la concurrencia de varios de similar naturaleza o complementarios entre sí, ello no comporta que se esté ante un sistema tarifado de prueba.

Opuestamente, lo revelado en eventos como el anterior es que el juzgador se encuentra inexorablemente atado al

⁴ Como la referida por el casacionista, quien para reivindicar la necesidad de la prueba pericial sobre la minoría de edad de las personas, cita como ejemplo paralelo el relativo a la calidad de “estupefaciente” predicable de una sustancia incautada, el cual está condicionada a que medie prueba de carácter científico que así lo acredite.



valor demostrativo que cada medio de convicción posee, de forma que las conclusiones a las cuales arribe dependerán, en cada caso, de su aptitud demostrativa en si misma considerada.

En ese orden de ideas, bien puede suceder que el dictamen médico legal sea necesario para concluir más allá de toda duda si una persona supera o no el límite de los 18 años de edad, cuando quiera que ofrezca características morfológicas compatibles con las de un adulto, o evidencie un desarrollo avanzado de sus órganos reproductivos.

Pero también es perfectamente viable que para establecer la minoría de edad no sea necesario dicho concepto especializado, tratándose de personas cuya talla, estructura ósea y grado de evolución de los órganos reproductivos revelen, a simple vista, que no ha llegado al periodo de la pubertad o que apenas lo inicia, aspectos todos que sin duda pueden ser constatados a través de la simple observación directa de su fisonomía, enlazada con factores como la ausencia de desarrollo mamario en las mujeres, o el escaso crecimiento del órgano de la reproducción en hombres, o la no presencia de vello púbico y axilar en unos y otros.

3. El caso concreto

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el Tribunal Superior de Bogotá estimó que la acreditación de la minoría



de edad de las personas que participaban en los videos y fotografías de carácter pornográfico almacenados en el computador del procesado, no demandaba de la prueba científica que el actor echa de menos, puesto que la observación directa de la evidencia física incorporada al juicio resultaba altamente demostrativa de ese particular aspecto.

En esa dirección objetó las consideraciones tenidas en cuenta en la sentencia absolutoria de primera instancia, señalando:

“[...] resulta desacertado el fallo de instancia al exigir que el ingrediente normativo referente a la edad del sujeto pasivo, se acreditara, bien mediante registro civil de nacimiento de las víctimas o por experticia forense practicada a las mismas, por cuanto, como lo alega el ente acusador, de los elementos de convicción aportados y discutidos al juicio oral, se establece de manera inconcusa que el material pornográfico hallado en el computador de RALPH PALADINO contenían escenas en las participaban que menores de edad.

Ello se deduce de un análisis somero de los documentos obrantes a folios 550 y siguientes de la carpeta, en los que se reproducen físicamente apartes del enorme plexo de imágenes contenidas en el computador referido, los cuales también se encuentran en medio magnético en los Cds rotulados ‘caso pornografía MT483 1 y 2’, los cuales fueron aportados y discutidos en juicio.

Y es que en este evento no se requiere de un experto forense o de un registro civil de nacimiento, para establecer la edad aproximada de las personas que aparecen en los documentos mencionados, toda vez que haciendo uso del sentido común y las reglas de



experiencia es posible concluir, primero, que se trata de menores de dieciocho (18) años y segundo, que la edad de algunos de los mismos es inferior a los doce años (12).

Así lo concluiría el hombre medio al observar en los mencionados elementos probatorios, la contextura corporal, los rasgos físicos, la estatura, el desarrollo de los caracteres sexuales y la ausencia de vello púbico y axilar de la mayoría de las personas que se observan en las fotografías y los videos a los que hacemos alusión.”.

Como se aprecia, el ejercicio analítico efectuado por el Tribunal no ofrece reparo, puesto que a partir de la observación de la evidencia incorporada al juicio pudo constatar la existencia de registros fotográficos y videográficos en los que participan personas desarrollando actividades explícitas de contenido sexual, quienes de cara a su desarrollo corporal ciertamente corresponden a niños y niñas impúberes, de modo que conforme a la reglas de experiencia a las cuales acudió, podía concluir más allá de toda duda, y sin necesidad de que obrase reconocimiento médico legal, que se trataba de menores de edad.

Incluso, bien está precisar que el ejercicio abordado por el fallador no desconoció la necesidad de la prueba pericial tratándose de algunas imágenes de hombres jóvenes, también almacenadas en el computador del procesado, respecto de las cuales puntualmente refirió:

“... es necesario precisar que en algunos eventos, como el referido en la sentencia revisada respecto de las



fotografías de cuatro (4) jóvenes, en efecto, se encuentra duda respecto de la edad de los mismos; empero, tal situación constituye la excepción respecto del universo probatorio aportado por el ente acusador, en el que predominan imágenes de menores de edad”.

Así las cosas, las razones por las cuales se concluyó que en el material pornográfico incautado participaban menores de edad, no fue un ejercicio caprichoso por parte del Tribunal, ni obedeció a criterios subjetivos distantes de la sana crítica o en contravía de las reglas de experiencia, perfectamente aplicables al caso bajo examen.

Por consiguiente, no le asiste razón al casacionista cuando sostiene que la minoría de edad demanda indefectiblemente para su demostración de prueba consistente en reconocimiento médico legal.

Tampoco puede aceptarse, por ende, que el Tribunal haya efectuado un ejercicio de raciocinio defectuoso, al estimar con fundamento en las reglas de experiencia ya referidas, que la edad de las personas partícipes en el material pornográfico almacenado en el computador se deducía a través de observación directa, con fundamento en su escaso desarrollo corporal y genital.

En tales condiciones, el cargo no prospera.

SEGUNDO CARGO. ERROR DE HECHO POR FALSO JUICIO DE IDENTIDAD.



Como quiera que el demandante extiende esta censura a los dos delitos por los cuales se declaró penalmente responsable al procesado, esto es, por el de “*pornografía con menores*” y “*utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer o contactar servicios sexuales de menores*”, por razones de orden metodológico, abordara la Sala de manera separada el examen de las razones que en uno y otro se exponen como fundamentación de la censura.

1. El delito de pornografía con menores

El demandante, ya se mencionó, estima que el Tribunal distorsionó el contenido material del dictamen pericial rendido por la Subintendente Yesenia Ballestas, incorporado al juicio mediante su testificación, en tanto concluyó con fundamento en esa prueba que el procesado **envió** correos electrónicos a los cuales anexó material de pornografía con menores, actualizando así la conducta alternativa del tipo consistente en “exhibir”.

No obstante, agrega el demandante, la prueba en cuestión que dijo el Tribunal haber consultado, revela una realidad diversa a la declarada, esto es, que RALPH PALADINO **recibió** a su correo dichas comunicaciones.

Con el propósito de verificar si tuvo lugar el error denunciado, empiece por recordarse que aunque la fiscalía atribuyó al señor PALADINO la realización de tres de las



conductas alternativas contempladas en el artículo 218 del Código Penal, esto es, las de filmar, fotografiar y exhibir pornografía con menores, el Tribunal fue del criterio que sólo existía prueba atinente a la actualización del tipo penal en la última de dichas modalidades *-exhibir material pornográfico en el cual participan menores de edad-*.

Sobre el particular se dijo en la sentencia de segunda instancia:

“[...] Coincidimos con el análisis [del a quo] atinente a que no obran en el plenario los elementos de convencimiento suficientes para afirmar que el enjuiciado fotografió o filmó a los menores de edad que aparecen en las imágenes que fueron halladas en el computador incautado, dado que el hecho que las mismas aparezcan allí constituye apenas un indicio contingente leve respecto de que PALADINO hubiese sido quien capturó los videos o las fotografías a las que hacemos referencia, toda vez que resulta factible que el procesado haya bajado las mismas de la Internet, lo que hace imposible afirmar de manera concluyente que el encausado materializó las acciones referidas.

Lo que no se comparte es que el fallador de instancia haya desestimado los restantes verbos rectores del tipo, respecto de los cuales ciertamente obra prueba indiciaria y directa de la materialización de los mismos, tal como lo narran los testigos de cargo.

*Así las cosas, en lo tocante a **la conducta exhibir**, la lectura que de la misma hizo el a quo resulta equivocada, habida cuenta que su justipreciación no respondió siquiera a la forma como la conceptualizó, toda vez que **no tuvo en cuenta que en desarrollo del juicio se probó que RALPH PALADINO expuso, divulgó y publicó material pornográfico en el que participaban menores de edad.***



Ello es así, por cuanto **como se evidencia en la experticia realizada por YESENIA BALLESTAS GUTIÉRREZ, el procesado envió correos electrónicos adjuntando material pornográfico con imágenes de menores de edad, a tal conclusión se arriba luego de realizar un somero cotejo entre los archivos adjuntos remitidos en los mensajes y los que reposan en el disco duro del computador incautado, tal como se lee en los anexos 9 y 10 del peritaje referido, en los que se evidencia el envío, entre otros, del archivo scholboys_fuckjpg.**

Acorde con lo anterior, **es palmario que RALPH PALADINO hizo público por medio de correos electrónicos, material pornográfico en el que participaban menores de edad**, lo que nos permite afirmar, sin lugar a dudas, que el enjuiciado materializó el verbo rector exhibir reprochado en el subexámine.”-Negrillas fuera de texto-.

Ahora bien, en la prueba pericial que le sirvió de fuente a la conclusión del Tribunal, la experta en sistemas Yesenia Ballestas explicó cómo mediante el uso de herramientas de software forense fue posible hallar rastros de algunos correos electrónicos **enviados y recibidos** por el procesado, relevantes frente a la imputación penal formulada en su contra. Así lo mencionó en la respectiva experticia, mencionando puntualmente los directorios en los cuales verificó la existencia de tales comunicaciones, así:

“-\Documents and settings\Jhon Wayne\Local Settings\Application data\Microsoft\outlook: En este directorio se encontró el archivo Outlook.pst, que es el encargado de almacenar mensajes recibidos o



enviados desde Microsoft Outlook⁵. Mediante el empleo del software forense Ilook fue posible la visualización de los emails, **en uno de ellos se observa un mensaje enviado desde Squirrel-bsa@hotmail.com con cuatro fotografías anexas donde aparecen muchachos desnudos. (Ver anexo 9).**

[...]

-\Documents and settings\Jhon Wayne\Local Settings\Temporary Internet Files\ Content.IE5 \OXY1Q6A: Archivo temporal eliminado y recuperado con el software forense Ilook; en este directorio se encontró un archivo con extensión HTML, donde se observan algunas partes de un **correo electrónico recibido** (getmsg⁶) de la cuenta de correo luzzory2000@hotmail.com, aquí se aprecia que ha sido anexoado un archivo con extensión .avi, de nombre '2boysPlayPool1_5.avi'. Al verificar la existencia de este archivo en la copia imagen del disco duro se localiza almacenado físicamente en la misma ruta C:\Documentes and Settings\Jhon Wayne\My Documentes\My received Files\Boys in pool. **(ver anexo 10).**

-\ Documents and settings\Jhon Wayne\Local Settings\Temporary Internet Files\ Content.IE5 \7ZD4S3B8: Archivo temporal eliminado y recuperado con el software forense Ilook; en este directorio se encontró un archivo con extensión html, donde se observan algunas partes de un **correo electrónico redactado** (compose⁷) en la cuenta de correo rao9666@hotmail.com, **en el aparecen anexoados 19 archivos con extensión .jpg, los cuales al ser verificados en el disco duro se localizan físicamente almacenados en la ruta C:\Documentes and Settings\Jhon Wayne\My**

⁵ Programa de correo electrónico incluido en el paquete Microsoft Office que funciona igual a los correos electrónicos comerciales Hotmail, Yahho, Gmail, etc.

⁶ Getmsg: Archivos que permiten visualizar los emails que el usuario ha recibido en su correo; en este archivo es posible visualizar los mensajes.

⁷ Compose: Archivos que permiten visualizar los emails que el usuario ha **redactado y enviado.**



Documentes\My received files\Thubnail. A continuación se listan los nombres de los archivos anexados (**ver anexo 11**):

- 2709_(Schoolboys_fuck).jpg
- 2709_(Schoolboys_fuck).jpg
- 2709_(Schoolboys_fuck).jpg
- 2709_(Schoolboys_fuck).jpg
- 2709_(Schoolboys_fuck).jpg
- 2709_(Schoolboys_fuck).jpg
- 2709_(Schoolboys_fuck).jpg
- 2709_(Schoolboys_fuck).jpg
- 3034094.jpg
- 312971.jpg
- 313009.jpg
- 313027.jpg
- 313044.jpg
- 3554-Sex actions.jpg
- 4118-Gays-hardcore.jpg
- 4151-Gays-hardcore.jpg
- 4185-Gays-hardcore.jpg
- 5859_(Orly_teenagers)jpg

-\Documents and settings\Jhon Wayne\Local Settings\Temporary Internet Files\ Content.IE5 \JC9TNT40: Archivo temporal eliminado y recuperado con el software forense Ilook; en este directorio se encontró un archivo con extensión html, donde se observan partes de un **correo electrónico recibido (Hotmail⁸)** de la cuenta de correo luzzory2000@hotmail.com, en éste aparecen anexados tres archivos con extensión .jpg de nombres '2boysPlayPool11_06_avi.jpg, '2boysPlayPool11_07_avi1.jpg, '2boysPlayPool11_08_avi.jpg, los cuales al ser conforntados en el disco duro se hallaron físicamente almacenados en la ruta C:\Documentes and Settings\Jhon Wayne\My Documentes\My

⁸ Hotmail: Archivos donde se puede visualiza la bandeja de entrada del usuario.



*received Files\Boys in pool. (ver anexo 12).”*⁹ -
Negrillas y Subrayas fuera de texto-.

Así las cosas, del contenido material de la prueba pericial incorporada al juicio a través de la testificación de la experta en sistemas Yesenia Ballestas, se desprende que ésta efectivamente halló rastros del **envío** de dos correos electrónicos por parte del procesado¹⁰ remitidos desde las cuentas Squirrel-bsa@hotmail.com y rao9666@hotmail.com -anunciados por la Subintendente Ballestas como incluidos en los anexos N°9 y 11¹¹-, los cuales incluían en ambos casos información adjunta correspondientes a material pornográfico.

A través del primero de ellos, el procesado anexó 4 fotografías de “***muchachos desnudos***” según referencia explícita de la perito, quien incluyó en su estudio las imágenes respectivas de los jóvenes, de cuya observación se infiere cómo atendido su desarrollo corporal, no es posible concluir más allá de toda duda que se trate de menores de edad, circunstancia última incluso admitida por el Tribunal en el cuerpo de la sentencia de segunda instancia, tal y como lo destacó en precedencia la Sala al abordar el examen del primer cargo postulado por el actor.

⁹ Cfr. Folios 12 y 13, Carpeta Tribunal

¹⁰ Por consiguiente atribuibles a RALPH PALADINO, como dueño del portátil,

¹¹ Revisados los anexos del dictamen se constata que la perito en verdad incluyó estos archivos en los anexos N°8 y 11 del dictamen, como se constata a folios 461 y 462 de la carpeta principal de la actuación, página 12 de 15 y 15 de 15 del dictamen.



Mediante el segundo correo **enviado**, en cambio, si se verificó **la exhibición de material de pornografía en el cual participan menores de edad**, como sin ambages lo certificó la perito Ballestas, quien de manera puntual explicó que las 19 fotografías retransmitidas por el procesado desde su cuenta de correo, fueron halladas en la carpeta “C:\Documentes and Settings\Jhon Wayne\My Documentes\My received files\Thubnail”, donde permanecían almacenadas y hacían parte de una colección gráfica de mayor extensión correspondiente a “[...] 1.552 imágenes en formato .jpg, **donde se aprecian niños realizando acciones excitantes con sus órganos genitales**”¹².

Asimismo, el estudio técnico reveló rastros de dos correos más que incluían material de pornografía con menores - *boysPlayPool*- remitidos de la cuenta luzzory2000@hotmail.com y **recibidos** por el procesado –los cuales se anunciaron en el cuerpo del dictamen como anexos N°10 y 12¹³- , cuyas imágenes almacenó en el disco duro de su computador, específicamente en el directorio “[...] C:\Documentes and Settings\Jhon Wayne\My Documentes\My received Files\Boys in pool.”.

De lo expuesto en precedencia se concluye, entonces:

¹² Cfr. Folio 15, carpeta Tribunal

¹³ Como sucede con los archivos enviados, respecto de los recibidos también la perito pese a anunciar que las imágenes respectivas podían confrontarse e los anexos 10 y 12, de la revisión de los anexos del dictamen se constata que sólo incluyó el primero como anexo N°9, como se constata a folios 463 de la carpeta principal de la actuación, página 13 de 15 del dictamen.



1.1. Que si bien el Tribunal citó como fundamento de la conclusión a la cual arribó consistente en que el procesado exhibió material de pornografía con menores, los anexos 9 y 10 del dictamen los cuales verdaderamente se refieren a: (i) un mensaje **enviado** pero con 4 fotos de personas que no pueden catalogarse como menores de edad y, (ii) uno con imágenes de menores en actividades explícitas de contenido sexual pero que fue **recibido**, es verdad incuestionable que dicho yerro resulta marginal e intrascendente, por cuanto la prueba como un todo considerada, no fue objeto de la distorsión denunciada por el demandante.

Ello es así porque, independientemente de la equivocada mención de los anexos ya referidos, evidentemente el Tribunal aludió de manera expresa a los rastros del correo **enviado** por el procesado que sí contenía pornografía con menores, al punto que en el aparte pertinente de la sentencia citó directamente su contenido, esto es, las 19 fotografías que viajaron por la Internet de las cuales se destacaban los archivos titulados como “*Schoolboys_fuck*”, mismos que bien está insistir, contenían imágenes de niños realizando acciones excitantes con sus órganos genitales.

1.2. Tampoco puede obviarse que el Tribunal contrariando la evidencia a su disposición magnificó su cantidad, al mencionar que el procesado “[...] envió **correos**



electrónicos adjuntando material pornográfico con menores de edad”.

En realidad, se halló rastro de uno sólo de ellos, imprecisión que, con todo, tampoco afecta la validez de las conclusiones a las cuales llegó el sentenciador de segundo grado, ni hace decaer el juicio de reproche elevado contra el procesado como autor del delito de pornografía con menores.

Ciertamente, conforme a la redacción original del artículo 218 de la Ley 599 de 2000¹⁴, aplicable al caso dada su vigencia para la época de realización del injusto típico, incurre en el delito de pornografía con menores “[...] el que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier forma comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad...”, de donde surge claro que la actualización de cualquiera de esas conductas alternativas no está condicionada a su ejecución habitual o reiterada.

Contrariamente, deviene indiferente que la elaboración de fotos o videos de contenido pornográfico en que participan menores de edad, su venta, compra, exhibición o comercialización, se realice en una sola ocasión, como se demostró en el caso de la especie, o en muchas, o que tal material se publique para ser

¹⁴ Estructura típica últimamente modificada por medio de la ley 1336 de 2009.



visto por muchas personas, por un grupo reducido de ellas o por una sola.

1.3. Igualmente, ninguna trascendencia reviste que la perito no haya podido reconstruir el texto del mensaje al cual el procesado anexó las 19 fotografías que incluían a menores de edad realizando acciones excitantes con sus órganos genitales, y por cuyo medio ciertamente publicó dicho material, pues el verbo rector “exhibir” resulta omnicomprendivo tanto de aquellos eventos en los cuales la conducta está signada por fines comerciales, como cuando tiene por objeto el simple intercambio para el disfrute privado.

En efecto, la estructura delictiva incluyó tanto a quien produce y negocia pornografía con menores de edad, como a quien la compra, de donde se infiere que fue voluntad del legislador hacer partícipes de la sanción penal no sólo a los promotores de dicha forma de explotación sexual, sino también a los consumidores de la misma, por razón de su carácter rotundamente ilegal.

Al respecto, bien está precisar que aun cuando el Estado colombiano no limita la producción, comercialización, exhibición y acceso a material pornográfico en el que participan mayores de edad, ni los penaliza, bajo el entendido que esas distintas manifestaciones están amparadas por la libertad de



expresión y el ejercicio de los derechos a la privacidad e intimidad¹⁵, no acontece lo propio con la pornografía infantil que de antaño ha sido considerada como material de elaboración y circulación prohibida.

Ello como consecuencia del mandato superior contenido en los artículos 44 y 45 de la Constitución Política que prevén un amplio marco de protección para la infancia y la adolescencia “...*contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos*” y para “...*la protección y formación integral*”, desarrollado entre otros estatutos a través de la ley 679 de 2001, por cuyo medio se diseñó y articuló una política integral que involucra medidas de orden preventivo, educativo, regulatorio, administrativo sancionatorio, policivo y penal, con miras a “*prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía infantil y el turismo sexual con menores*”.

Agréguese que ese marco de protección constitucional y legal ha sido además ratificado por el Estado colombiano a través de distintos instrumentos internacionales, siendo de particular importancia su adhesión al “*Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía*”, adoptado en Nueva York el 25 de julio de 2000 e incorporado a la legislación nacional a

¹⁵ En dicho sentido, sentencia C-394 de 1995



través de la ley 765 de 2002¹⁶, por cuyo medio se asumió, entre otras obligaciones, la de adoptar las medidas necesarias para que,

“[...] como mínimo... queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

[...]

b) La oferta, posesión, adquisición o entrega de un niño con fines de prostitución, en el sentido en que se define en el artículo 2¹⁷.

c) La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2¹⁸.

En suma, el panorama expuesto revela que el procesado, a partir del abundante material de pornografía con menores que almacenaba en su computador personal, procedió a exhibir una muestra del mismo para uso de terceros indeterminados, como sin asomo de duda lo certificó la perito en sistemas Yesenia Ballestas, razón por la cual, se concluye, no tuvo lugar el error de hecho por falso juicio de identidad postulado por el censor.

¹⁶ Ley declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-310 de 2003

¹⁷ “Artículo 2. A efectos del presente protocolo: ...b) Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier retribución”.

¹⁸ “Artículo 2. A efectos del presente protocolo: ... c) 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”.



Debe sí destacarse que éste, en el desarrollo del cargo, incurrió en el mismo yerro cuya existencia acusa, marginando de su análisis los apartes del dictamen pericial que dan cuenta del envío del correo electrónico al cual fueron anexadas 19 fotografías de niños impúberes realizando prácticas de masturbación, conducta a través de la cual, como lo declaró probado el Ad Quem, RALPH PALADINO, incurrió en el delito de pornografía con menores, en la modalidad de exhibir dicho material.

Las anteriores razones conducen a la desestimación del cargo respecto de la conducta punible materia de examen.

2. El delito de “*utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer o contactar servicios sexuales de menores*”

Dos aspectos fundamentales destaca el demandante acerca de las conclusiones que llevaron al Tribunal a hallar satisfechas las exigencias típicas del delito de “*utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer o contactar servicios sexuales con menores*”:

(i) De una parte, que en el proceso no se acopió prueba indicativa de que el procesado se hubiere contactado a través de internet para ofrecer u obtener servicios sexuales de menores, como se desprende del testimonio rendido por



la investigadora de campo Luz Marina Cubillos Rodríguez¹⁹ quien precisó su imposibilidad de determinar dicho aspecto.

(ii) Y de otra, que el Tribunal obviando esa realidad probatoria acudió a una tesis interpretativa inaceptable, consistente en que el hecho de ver imágenes o videos con pornografía de menores, de aquellos que puede acceder cualquier persona que tenga un computador y navegue en internet, constituye conducta típica, antijurídica y culpable, específicamente bajo la modalidad de efectuar contacto sexual virtual con menores de edad.

Sobre la base de dicha proposición jurídica abordará la Sala el examen del cargo anunciando desde ya su prosperidad, pues ciertamente se advierte que la distorsión anunciada se verificó fruto de la segregación de aspectos relevantes de la testificación de la investigadora de campo Luz Marina Cubillos Rodríguez, declaración calificada por el Ad Quem como apta para acreditar la materialización de una conducta punible cuyos elementos estructurales, en realidad, no se demostraron ni a través de dicha prueba, ni de ninguna otra de las practicadas en desarrollo del juicio.

¹⁹ Funcionaria del cuerpo técnico de investigaciones, tecnóloga en sistemas de información, quien examinó el computador del procesado, extrajo de él imágenes de pornografía con menores e inició la cadena de custodia de ese elemento material probatorio. A través de su testimonio, la Fiscalía incorporó al juicio el "informe de investigador de campo PAR270994", junto con 2 CDs contentivos de fotografías y videos copiados del disco duro en los cuales se registra una muestra del material total que allí reposaba y donde figuran "*niños teniendo relaciones sexuales con niños, con niñas, con adultos, en la piscina, en la nieve y otras*", imágenes respecto de las cuales también elaboró "*la impresión en doce folios de la muestra de estos videos*".



En efecto, el Tribunal afirmó que en desarrollo de los debates se había demostrado que RALPH PALADINO accedía a páginas de internet donde obtenía,

“[...] contacto virtual con menores de edad que interactuaban con los cibernautas mediante el uso de cámaras web, así se evidencia en algunos videos que reposan como elementos probatorios en el proceso, específicamente en el CD rotulado ‘caso pornografía MT483 N°2’, como también en la declaración de Luz Marina Cubillos Rodríguez”.

Pues bien, baste mencionar que el material probatorio aludido como soporte de aquella conclusión, permite a lo sumo establecer que el procesado **almacenaba material de pornografía con menores** en su computador, sin que sea particularmente demostrativo de que a través de la internet hubiera contactado a quienes participaban en el mismo, o a otros distintos, para sostener con ellos contacto sexual, bien de manera personal o por vía virtual, como lo entendió el fallador.

Agréguese que esa conclusión tampoco fue avalada por la investigadora Cubillos Rodríguez, ni se desprende de su exposición jurada, como erradamente se sostuvo en la sentencia de segunda instancia.

Opuestamente, en desarrollo del juicio oral, público y contradictorio la señora Cubillos Rodríguez, testigo de la fiscalía, fue interrogada directamente por el juez en uso de las facultades previstas por el artículo 397 de la Ley 906 de



2004²⁰, para que precisara si las imágenes correspondían a fotos o filmaciones “[...] *en directo*” interrogante absuelto por la testigo en los siguientes términos:

“[...] Existen fotografías y grabaciones, se ve el niño frente al computador haciendo cosas... pero no puedo establecer... hay varios tipos de videos pero yo no sé quien los hizo”.

Asimismo, preguntó el juzgador si era posible determinar que RALPH PALADINO hubiera contactado a menores de edad a través de los correos que recibió con material pornográfico anexo, mencionando ésta:

“[...] No llegue a ese punto de la investigación porque no tenía mucha experiencia en casos de pornografía infantil, lo cual le manifesté a la doctora -fiscal del caso, se entiende- ni sobre los modus operandi de la pornografía infantil. Le hice saber de que había encontrado esas cosas y la forma en que las había encontrado, por eso ella autorizó otro estudio a la DIJIN y otros ítems que había encontrado, porque no tenía yo los contactos con la Interpol para que se hiciera más investigación sobre el caso, por eso se lo manifesté a ella para que el grupo de la DIJIN hiciera un segundo examen.”

Precisamente, el dictamen al cual se refirió esta testigo, cuya elaboración fue encomendada por la Fiscalía a la DIJIN y que practicó la Subintendente Yesenia Ballestas, ella sí experta en la investigación de delitos de pornografía con menores y la utilización de redes globales de comunicación con dicho propósito, en ninguno de sus

²⁰ Cfr., sesión llevada a cabo el 29 de mayo de 2008, record 01:03 y s.s.



aportes concluyó que se hubiere hallado evidencia de que el procesado ofreciera o contactara servicios sexuales de menores a través de la internet.

Lo que refirió esta experta fue que al analizarse el historial de internet alojado en el equipo de cómputo del procesado pudo establecerse que su usuario, el procesado RALPH PALADINO, “[...] consultaba y descargaba archivos con contenido de pornografía infantil”.

Que también “[...] accedía a la comunidad ‘nenesvid_2005, de la página web de yahoo.com y descargaba información (videos) con contenido de pornografía infantil”.

Que alojaba en dicho equipo además del material pornográfico consistente en 1.730 archivos en formato jpg, 113 en formato mpeg, 15 en formato avi y 2 más en formato wmv, “[...] cinco archivos comprimidos en formato WINZIP protegidos con contraseña (encriptados), los cuales al desencriptarlos contenían videos e imágenes de niños bailando y realizando acciones excitantes con sus órganos genitales”.

Y finalmente que el usuario del equipo “[...] consultaba las páginas web SLIL.RU y Rapidshare.de, las cuales se hallan alojadas en servidores gratuitos que permiten almacenar archivos y compartirlos en la web para que desde cualquier parte del mundo se pueda acceder a ellos y descargar su información”.



Es entonces evidente que el estudio técnico fue conclusivo en punto a evidenciar que RALPH PALADINO era asiduo visitante de páginas que alojan pornografía con menores de edad y consumidor de este tipo de material prohibido, el cual descargaba y almacenaba en el disco duro de su equipo de cómputo, bien en formatos fotográficos o de video, acciones que por sí mismas no pueden tenerse por típicas del delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer o contactar servicios sexuales con menores, como así lo entendió el fallador.

En efecto, se recordará que ese tipo penal fue incluido en la legislación penal a través de la ley 679 de 2001, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución Política, siendo su redacción original, vigente hasta hoy, del siguiente tenor:

“[...]

CAPITULO VII
MEDIDAS PENALES

ARTÍCULO 34. Adiciónase un nuevo artículo al Código Penal, con el número 312A, del siguiente tenor:

Artículo 312A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores. *El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, o cualquier otro medio de comunicación para obtener contacto sexual con menores de dieciocho (18) años, o para ofrecer servicios sexuales con éstos, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años, y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*



Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de doce (12) años.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000, el presente artículo tendrá el número 219A.

La citada disposición, junto con otras también de carácter punitivo, fue incluida en el pliego de modificaciones presentadas con el informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes, justificándose así por los ponentes del proyecto:

“[...] Se agregaron algunos artículos (del 33 al 35) con el propósito de adicionar el Código Penal con los delitos de estupro por medios virtuales; utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores y omisión de denuncia, este último para quienes tengan conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitan informar a las autoridades competentes. Estos hechos delincuenciales no fueron incorporados en el recientemente expedido Código Penal. La redacción de estos tipos se explica por sí misma.”²¹.

Pues bien, acudiendo precisamente al tenor literal de ese delito, surge claro que el contenido prohibitivo se dirige a amenazar con la imposición de la pena a quien valiéndose de cualquier medio de comunicación, **ofrezca o contacte**

²¹ Cfr. Gaceta N° 488 de 2000



servicios sexuales con menores, o lo que es igual, se integre a través de dichos mecanismos a redes de prostitución de personas cuya edad no supera los 18 años, ya en calidad de proxeneta, o bien como cliente de los servicios sexuales en cuestión.

Por descontado se da que la disposición aludida no pretendió, en cambio, sancionar penalmente a quienes acuden a la internet a descargar material pornográfico en el cual participan menores de edad, aspecto que emerge no sólo de su clara redacción, sino también al efectuar un rastreo de las disposiciones modificatorias de la Ley 679 de 2001, particularmente las efectuadas por conducto de la Ley 1336 de 2009, por cuyo medio se adicionaron al tipo penal de la pornografía con menores nuevas conductas alternativas, llamadas a sancionar la simple posesión, almacenamiento o alimentación de bases de datos con dicho tipo de material ilegal, bien para uso personal o de intercambio.

En dicho sentido, el proyecto original del cuerpo normativo posteriormente aprobado y expedido como ley 1336 de 2009, incluyó un artículo que preveía la creación del tipo penal denominado “*Almacenamiento e intercambio de pornografía infantil*”, cuyo texto era el siguiente:

“La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 219 Bis, así:



Artículo 219Bis. Quien almacene pornografía infantil para uso personal o intercambio por medios físicos o electrónicos será sancionado con pena de prisión de dos a cuatro años.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro”²².

A la postre, en desarrollo de los debates se optó por modificar dicha iniciativa por sugerencia del Senado de la República, involucrando las anteriores conductas al tipo penal de pornografía con menores, bajo el siguiente texto:

“[...] Artículo 26. El artículo 218 de la Ley 599 quedará así:

Artículo 218. *Pornografía con personas menores de 18 años. 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 1500 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.”²³

²² Gaceta del Congreso 592 de 2007

²³ Gaceta del Congreso 639 de 2008



Por manera que, habrá de concluirse, las descargas de archivos de fotografías y de videos con contenido en que participan menores de edad, su almacenamiento e intercambio con o sin fines de lucro, conductas que fueron las demostradas en este juicio respecto de RALPH PALADINO, no hacen parte del contenido prohibitivo de que trata el artículo 219A del Código Penal, aun cuando en su ejecución ciertamente se acuda a redes globales de información donde se alojan tales contenidos para ser accedidos incluso gratuitamente.

Asimismo, es de destacar que la posesión y almacenamiento de ese material pornográfico se elevó a la categoría de delito sólo con la expedición de la ley 1336 de 2009, motivo por el cual las conductas ejecutadas por el procesado en esa dirección resultaban atípicas para la época en que tuvieron lugar, razón de más para entender que a éste le era imputable de manera exclusiva el delito de pornografía con menores de edad, en la modalidad de exhibir material de dicha naturaleza, como se dejó señalado al dar respuesta al anterior cargo postulado contra el fallo de segundo grado.

Así las cosas, se casará parcialmente la sentencia, para en su lugar absolver al enjuiciado RALPH PALADINO del delito de *“utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer o contactar servicios sexuales de menores”*, respecto del cual se pronunció la segunda instancia en la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación.



Como consecuencia de ello, corresponde marginar de la pena impuesta al procesado la correspondiente a ese injusto típico, tasada por el Tribunal en setenta y dos (72) meses de prisión y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales a título de multa.

Por su parte, la pena accesoria de expulsión del territorio nacional no habrá de sufrir modificación, por cuanto resulta aplicable al delito de pornografía con menores por el cual fue condenado RALPH PALADINO.

De esta forma RALPH PALADINO deberá purgar exclusivamente ciento ocho (108) meses de prisión, cancelar cuatrocientos salarios mínimos legales mensuales por concepto de multa y someterse a la pena accesoria de expulsión del territorio nacional una vez cumplidas las dos anteriores, como autor culpable del delito de pornografía con menores.

En virtud 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,



RESUELVE:

PRIMERO. CASAR PARCIALMENTE la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en cuanto a la condena impuesta al enjuiciado RALPH PALADINO con ocasión del delito de utilización de medios de comunicación para ofrecer o contactar servicios sexuales con menores, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. ABSOLVER a RALPH PALADINO de la presunta comisión del delito atrás mencionado.

TERCERO. EXCLUIR como consecuencia de la anterior determinación, de la pena impuesta al procesado la correspondiente a setenta y dos (72) meses de prisión y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, que le fuera irrogados en el fallo de segundo grado con ocasión del delito por el cual se le absuelve a través de este fallo.

CUARTO. DESESTIMAR los restantes cargos formulados contra la sentencia de segundo grado, con fundamento en las razones aludidas en la anterior motivación.

QUINTO. DECLARAR la firmeza de la sentencia condenatoria proferida en contra de RALPH PALADINO, en todo lo demás.



En contra de la presente decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO A. CASTRO CABALLERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

Permiso

AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria