



SALA PENAL

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	11 001 60 99 091 2016 00027
Acusado	Fernando Mauricio Ruiz Jaramillo
Delito	Pornografía con menores de 18 años. (Art. 218 del CP)
Hechos	31 de julio al 2 de septiembre de 2015
Juzgado <i>a quo</i>	Octavo (8°) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia
Asunto	Apelación de sentencia de condena
Consecutivo	SAP-S-2022-013
Aprobado por acta virtual	Nº 138 del 21 de junio de 2022
Audiencia de exposición	Miércoles 22 de junio de 2022; Hora 2:15p.m.; Virtual
Decisión	Se revoca condena y se absuelve al procesado
Magistrado Ponente	NELSON SARAY BOTERO

Medellín, Antioquia, veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO

Se dicta sentencia de segunda instancia en el proceso del rubro.

2. IDENTIFICACIÓN DEL ACUSADO

Es el ciudadano FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO, de mayoría, identificado con la cédula de ciudadanía N° 80'176.416 de Bogotá, nacido el 4 marzo 1981 en Medellín, Antioquia, hijo de Silvia y Eucario. **No se encuentra detenido.**

3. HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Los hechos se concretan según la acusación así:

“Dio inicio a esta investigación el informe ejecutivo de fecha 17 de noviembre de 2015 suscrito por RAUL CORREA GUTIERREZ funcionario del Cuerpo Técnico de Investigaciones de la Fiscalía General de la Nación –CTI– el que da cuenta que mediante comunicación SB07WR15SB00017/SM (C.A)-FY15-320 de fecha 15 de septiembre de 2015 suscrita por el señor LUIS SIERRA, agregado adscrito de la Agencia *Homeland Security Investigations* de la Embajada de Estados Unidos, da a conocer que mediante

los reportes del Centro Nacional para Menores Perdidos y Explotados de los Estados Unidos de América –NCMEC- Nos 6123108, 6124361, 6125960, 6237576, 6263016, 6263072, 6313399, 6313473, 6340018, 6341128, 6353016, 6376508, 6377014, 6388502, 6413684, 6479821, 6479959 y 6480030 fue informado sobre un ciudadano colombiano que a través de la red social Twitter está compartiendo imágenes y videos de pornografía infantil en Colombia, que así mismo este sujeto utiliza diferentes perfiles para incitar a menores de edad para producir imágenes de contenido pornográfico a cambio de favores sexuales, dinero o regalos. También aduce que tiene relaciones sexuales con menores de edad y ofrece servicios de masajes eróticos y de masturbación con adolescentes registrando el número de teléfono 3123681563.

Que los datos que reportó NCME y que se encuentran asociados a las cuentas de Twitter por donde fue transmitida la pornografía fueron:

Nombre: Fernando Mauricio
Teléfono: 3122681563
Ubicación: Medellín, Colombia
IP: 181.62.2.154

Es así como se sabe que, a través de la red social Twitter compartió del 31 de julio al 2 de septiembre de 2015, es decir, en aproximadamente dieciocho (18) oportunidades pornografía infantil utilizando la dirección IP 181.62.2.154 la que se encuentra ubicada en Medellín –Colombia. La Embajada Americana anexa material de evidencia contenido en un CD el cual fue sometido a cadena de custodia, en la que se observan las imágenes y videos con contenido explícito sexual que se estaban transmitiendo con la participación de menores de edad.

Que a través de la consulta en base de datos de información pública o código abierto “*internet*” se ingresó la dirección IP mencionada, estableciendo que la empresa de servicio TELMEX COLOMBIA SA y al solicitar la búsqueda selectiva en base de datos se obtuvo como resultado que esta IP, aparece activa desde el 10 de diciembre de 2009 hasta el 29 de febrero de 2016 con dirección de instalación en la carrera 90 N° 36-21 en Medellín, Antioquia a nombre de FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO.

Según informe de investigador de campo del 22 de noviembre de 2016 se realizaron labores de verificación encontrando que en el citado inmueble reside la señora SILVIA JARAMILLO LONDOÑO con CC. N° 22.207.918 y su hijo FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO con CC. N°80.176.416 quien tiene estudios en sistemas.

Es así como se ordena diligencia de registro y allanamiento del inmueble ubicado en la carrera 90 N° 36-21 en Medellín, Antioquia con la finalidad de incautar los dispositivos electrónicos atendiendo que la conducta investigada se ha venido desarrollando con la

utilización de estos, es decir, que se han transmitidos imágenes y videos con contenido explícito sexual con menores de edad. Esta orden fue ejecutada el 26 de enero de 2017.

Una vez incautados estos bienes se dio orden para extraer la información de los mismos, encontrando al análisis del informe de investigador de laboratorio del 4 de mayo de 2017 y de las dos evidencias aportadas por el SI JOHN ANDERSON MARIN CORTES, perito en informática forense DIASE, que en estos dispositivos se logra evidenciar imágenes de contenido explícito sexual.

Es de anotar que las evidencias de donde se extrajo esta información fueron de las incautadas en la habitación de FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO.

Así las cosas, esta delegada acudió ante la Juez 8° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín y realizó a FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO imputación como presunto autor de los delitos de PORNOGRAFIA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS, de que trata el artículo 218 del CP. (modificado por la Ley 1236/2008 artículo 12. Modificado por la Ley 1336/2009 artículo 24) y que menciona (...).”

Ante la juez 8° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín se formuló imputación como autor de los delitos de *Pornografía con personas de 18 años* (Art. 218 del CP) en concurso homogéneo y sucesivo con utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años. (Art. 219 A del CP)

El 23 de marzo de 2018 se realizó audiencia de formulación de acusación

El 25 de febrero de 2019 se realizó audiencia preparatoria.

El juicio oral se llevó a cabo en varias sesiones desde el 8 de abril de 2019 hasta el 9 de abril de 2021.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Luego del juicio oral y público, la señora Juez 8° Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia, condenó por el delito de *Pornografía con menores de 18 años*, Art. 218 del CP, pero **reconoció la circunstancia de marginalidad del Art. 56 del CP.**

Impuso una pena de treinta y seis (36) meses de prisión y multa de treinta (30) smlmv.

Absolvió por el delito el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales con personas menores de edad, Art. 219-A del CP.

Negó subrogados penales, pero concedió la prisión domiciliaria por grave enfermedad, conforme el Art. 314 numeral 4° del C.P.

Los argumentos para absolver respecto de la conducta punible del Art. 219-A del CP, fueron los siguientes:

“Recapitulando debe concluir el juzgado respecto del primer cargo atribuido a FERNANDO RUIZ JARAMILLO que resulta imperioso emitir decisión absolutoria en su favor, en primer lugar:

-Porque no es dable reconocerle valor probatorio al CD remitido por la embajada de Estados Unidos, aparentemente creado por NCMEC, en tanto al ser una ONG privada y no hacer parte del gobierno de los Estados Unidos, ese CD debía cumplir con los requisitos de autenticación establecidos en los artículos 427 y 428 del CPP.

-Porque incluso en el evento que se le reconociera valor probatorio a la información remitida por NCMEC, la misma no se adecua a la descripción contenida en el artículo 219-A del código Penal, porque aunque se utilizaron redes de información, en concreto la red social Twitter, para cargar imágenes en las que aparecían menores de edad en actividades sexuales, el propósito de quien cargó esos documentos, a partir de las historias que acompañaban esas fotografías, no era la de *“obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con menores de edad”*, sino la de ofrecerse a él mismo para tener actividades sexuales con hombres, como *“masajista erótico”* o *“enseñar a masturbar”*.

-Finalmente, porque en el caso concreto, aunque se considerara que se demostró que esas imágenes en las que aparecían menores de edad participando en actividades sexuales, fueron cargadas a la red Twitter, esa actividad no se dio en un contexto de explotación sexual de los menores que aparecían en las imágenes, ni de otros niños, sino que tenía la finalidad de invitar a los usuarios de Twitter a contactar la persona que cargó las imágenes, que se promovía como un chico gay que realizaba masajes eróticos a hombres y que enseñaba masturbación a hombres, adolescentes y niños; en este contexto esa conducta es atípica respecto de la utilización de medios de comunicación para promover actividades sexuales con menores de 18 años de edad.

Sobre la autenticidad del CD dijo textualmente:

“En este punto es fundamental señalar, que según las normas procedimentales que rigen los procesos adelantados bajo la Ley 906 de 2004, a efectos de establecer la autenticidad de un documento, cuando este proviene del extranjero, es necesario que ese documento esté apostillado, y además es necesario que, si el documento está en un idioma distinto del castellano, se presente en su idioma original y traducido, mediante traducción oficial. Así, los artículos 427 y 428 del CPP establecen: (...).

Según la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país, *Apostilla* significa:

“La apostilla es certificar la autenticidad de la firma de un servidor público en ejercicio de sus funciones y la calidad en que el signatario haya actuado, la cual deberá estar registrada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, para que el documento surta plenos efectos legales en un país parte del Convenio sobre la Abolición del Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Conferencia de La Haya de 1961”.

Empero, cuando se trata de un documento que proviene de un gobierno extranjero, con quien Colombia tenga suscrito un convenio o un tratado de colaboración judicial, se presume que esos documentos son auténticos, es decir, que no deben cumplir con el requisito de la Apostilla. Sobre el asunto se establece en la convención interamericana sobre asistencia penal, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano con la Ley 636 de 2001. Artículo 27, los documentos que se tramiten de acuerdo con esta Convención a través de las Autoridades Centrales estarán dispensados de legalización o autenticación.

Teniendo en cuenta las normas procedimentales que deben considerarse en el caso concreto de cara a determinar si se estableció la autenticidad de los documentos provenientes del extranjero que se presentaron en el juicio y que se admitieron como pruebas, considera el juzgado que en efecto se acreditó que el gobierno de los Estados Unidos le comunicó mediante un oficio al Estado Colombiano, que había sido enterado por parte de una organización privada de nombre NCMEC (*National Center Missing and Exploite Childen*) de que, desde la dirección IP “181.62.2.154” en Medellín Colombia, que estaba a nombre de FERNANDO RUIZ JARAMILLO se habían cargado a las redes sociales, específicamente a Twitter, utilizando distintos nombres de usuarios y distintos correos electrónicos asociados, unas imágenes en las que aparecían niños en actividades con manifiesto contenido sexual. Remitiéndose a su vez, de parte de la embajada norteamericana, el CD que les había enviado la ONG NCMEC.

Ahora, de cara a determinar si se acreditó en el juicio la autenticidad del CD que venía anexo al oficio de la Embajada de los Estados Unidos, y que según informó ese gobierno, les había sido remitido por NCMEC, debe recordarse que según lo indicado en el juicio oral, incluso por los testigos de la Fiscalía RAÚL CORREA y ELIANA CORTÉS, NCMEC es una organización privada, que no hace parte del gobierno de los Estados Unidos, de hecho el investigador RAÚL EMILIO CORREA manifestó que cuando recibió el oficio y el CD remitidos por la Embajada Americana verificó la existencia de NCMEC en internet; coincidiendo con lo expresado por parte la investigadora ELIANA CORTÉS, quien indicó que NCMEC es una ONG norteamericana en contra del abuso infantil. Siendo por demás fundamental

señalar, que el CD que se reprodujo y en el juicio y que se admitió como prueba venían sus archivos en inglés, y según lo informado por la investigadora ELIANA CORTÉS CRUZ fue traducido por ella, en el traductor de Google.

Siendo importante señalar que aunque en el juicio oral se reprodujeron las imágenes y la información relevante contenida en el CD que fuera remitido por la embajada de los Estados Unidos y de hecho se admitió el CD enviado por NCMEC al gobierno norteamericano como prueba, se advierte que ese elemento (el CD) al provenir de una organización privada y no directamente del gobierno de los Estados Unidos, no cumple con la exigencias establecidas en el ordenamiento jurídico colombiano para reconocerle una vocación probatoria autónoma.

Y a esa conclusión se arriba porque a diferencia del oficio remitido directamente por el gobierno de los Estados Unidos, el CD que traía anexo, y que, según el gobierno norteamericano, les había sido enviado por la organización NCMEC, **no se presume auténtico**. Siendo fundamental señalar que según lo probado en el juicio, ***ese elemento no cumplió con las exigencias establecidas en los artículos 427 y 428 del C.P.P.*** es decir, no cumplió con el requisito de la *Apostilla*, ni fue traducido, mediante traducción oficial al castellano.

Por ello era necesario que una vez recibida esa información contenida en ese CD, que en criterio del despacho y al provenir de una entidad privada y no de una institución gubernamental, tenía la naturaleza de una noticia criminal, la Fiscalía General de la Nación en Colombia, procediera a verificarla, no solamente constatando la existencia de NCMEC en internet, como se limitó a hacerlo la Fiscalía en el caso concreto a través de su investigador RAÚL CORREA, sino además verificando directamente con ese organismo sobre la fuente de la información y fundamentalmente la Fiscalía debió constatar con la red social Twitter sobre la veracidad de esa información que estaba reportando esa ONG privada.

En estas condiciones, y en tanto frente al CD remitido por NCMEC no se cumplió con el procedimiento establecido en las normas procesales aplicables que garantizan la autenticidad del medio de prueba, habrá de señalarse que la información remitida por la ONG NCMEC no puede tenerse como prueba para demostrar que desde la dirección IP reportada en ese CD se subieron a la red social Twitter fotografías explícitas de pornografía infantil, ni mensajes que invitaran a la explotación infantil. **Empero estima el despacho, se itera, que esa información, sí podía ser tenida en cuenta por la Fiscalía como noticia criminal**, a efectos de verificar la información que en ella se estaba suministrando.

Sin embargo, incluso en el evento en el que se considerara que la información remitida por NCMEC se presume auténtica, y que en efecto se demostró que desde la dirección IP “181.62.2.154” en Colombia, correspondiente a la dirección Carrera 90 No. 36 - 21 en Medellín, dirección IP registrada desde

el año 2009 a nombre de FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO, C.C. 80.176.416 y donde esta persona efectivamente residía, fueron enviados por la red social Twitter fotografías en las que aparecían niños en situaciones indiscutiblemente sexualizadas, estima el juzgado que esa conducta en el caso concreto no se enmarca en el tipo penal de *Utilización de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con menores de 18 años*”.

Condenó, respecto del delito de pornografía con personas menores de 18 años, bajo las siguientes consideraciones:

“El caso que nos convoca debe recordarse que se demostró, que la embajada de los Estados Unidos de Norte América, dio a conocer mediante oficio a la Fiscalía General de la Nación de Colombia que, la ONG NCMEC les había reportado que entre los meses de Julio y Septiembre de 2015, un individuo que se presentaba en la red social Twitter como FERNANDO MAURICIO que indicaba residir en Medellín-Antioquia, que anotaba en esa red como número de contacto el celular 3122681563 y que utilizaba la dirección IP 18162.2.154 desde la ciudad de Medellín, estaba utilizando la red social (Twitter) para compartir imágenes y videos de pornografía infantil, al tiempo que, según la Embajada estaba incitando a los menores de edad a tener prácticas sexuales. Siendo fundamental mencionar que, con ese oficio, fue allegado el CD que contenía esos mensajes y fotografías que según la Embajada se habían cargado a la red social Twitter **(mismo CD que fue reproducido en la audiencia de juicio oral)**

Se demostró además con el testimonio de ELIANA CORTES que a partir de esa información remitida por la embajada de los Estados Unidos, se adelantaron unos actos de investigación que permitieron establecer, a partir de la respuesta suministrada por la empresa de telecomunicaciones TELMEX, que la dirección IP reportada “181.62.154” era fija, es decir, estaba vinculada a un inmueble específico, en concreto a la dirección carrera 90 N° 36-21 en la ciudad de Medellín; que ese servicio lo había tomado FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO en el año 2009 y que para el año 2016, cuando TELMEX respondió el requerimiento suministrando esta información, esa dirección IP permanecía asignado a la misma dirección y a la misma persona.

Se estableció además que con ocasión de esa información remitida por TELMEX la Fiscalía adelantó actos de investigación, verificando que, en la dirección reportada “*carrera 90 N° 36-21 en Medellín*” residía el señor FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO en compañía de su señora madre SILVIA JARAMILLO. Demostrándose también con el testimonio de la investigadora ELIANA CRUZ que, una vez verificada la existencia del inmueble y la ubicación en el mismo de FERNANDO RUIZ JARAMILLO, el 27 de enero de 2017 se realizó por orden de un fiscal, una diligencia de allanamiento y registro en ese inmueble, momento en el cual se encontraban en la vivienda sus dos

moradores, pero siendo atendida por la señora SILVIA JARAMILLO.

Indicó la testigo ELIANA CORTES que en desarrollo de ese procedimiento de allanamiento y registro se incautaron unos dispositivos de almacenamiento digital, que fueron hallados en una habitación que según la señora SILVIA JARAMILLO era utilizada por su hijo FERNANDO MAURICIO. Señalando la investigadora que los dispositivos incautados fueron un computador y dos discos duros; un router conectado, una cámara fotográfica con una memoria expandible, un celular marca Blue con dos e-mail, con una memoria y *sim card* de Claro y otro de Movistar.

Explicó además la investigadora ELIANA CORTES que solicitó que se extrajera la información que contenía esos elementos incautados y que cuando le extrajeron la información, ella la verificó encontrando que muchas fotografías que las encontradas en esos dispositivos coincidían con las reportadas CD remitido por la Embajada norteamericana; reproduciéndose esas imágenes en el juicio. Resultando en este punto pertinente recordar que según la estipulación # 3 se acordó que de los dispositivos encontrados en la residencia del acusado se extrajo información acatando los lineamientos legales.

Expresó también ELIANA CORTES que algunas de las fotografías encontradas en los dispositivos incautados en la diligencia de allanamiento y registro no correspondían con las remitidas por la embajada americana, entre ellas varias imágenes de genitales masculinos, manifestó sin embargo, frente a las imágenes que si coincidían con las reportadas, que se trataba de niños desnudos; detallando que en una de esas fotografías un niño estaba mostrando sus genitales y un adulto se los estaba sosteniendo; en otra se observa un niño que estaba siendo tocado por un adulto. Señalando que además se encontraron varios videos, uno de dos hombres sosteniendo relaciones sexuales; y, otro video en que claramente se ve que un menor de edad está sosteniendo relaciones sexuales, y otro video, en el que claramente se ve que un menor de edad está sosteniendo relaciones sexuales con una persona mayor.

En este punto es importante que el juzgado se pronuncie sobre la naturaleza de las imágenes que fueron encontradas en los dispositivos incautados en la residencia de FERNANDO MAURICIO JARAMILLO en los que aparecen niños desnudos con los penes erectos, niños desnudos en compañía de adultos desnudos que están tocando a los niños y que coinciden con las imágenes que fueron reproducidas en el juicio remitidas por la Embajada de los Estados Unidos, y esto es necesario, pues en los alegatos de cierre el delegado del Ministerio Publico manifestó que a partir de la observación de esas imágenes no queda claro que tuviera una connotación pornográfica o sexual.

Al respecto debe indicar el juzgado que contrario a lo planteado por el señor Procurador, **para el despacho es evidente que las fotografías encontradas en los dispositivos incautados en la**

residencia de FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO en la habitación que según la señora SILVIA JARAMILLO era utilizada solo por su hijo FERNANDO MAURICIO en las que aparecen niños desnudos con el pene erecto, niños desnudos con adultos tocándoles sus penes y otra en la que se observa a un adulto penetrando analmente a un niño, no es admisible expresar que el contexto de esas fotografías es equivoco, pues para cualquier observador objetivo es claro que los niños que aparecen en esas fotografías estaban siendo sexualizados y abusados. Por esta razón entonces, porque no es necesario acudir a interpretaciones teórica, subjetivas, sino que es evidente, **se insiste de la simple observación de esas fotografías**, que los niños que aparecen en ellas estaban siendo explotados y abusados en su sexualidad, siendo claro que se configuró la conducta de *Pornografía con persona menores de 18 años*.

Por otra parte respecto quien era la persona que tenía en su poder esas imágenes que contenía pornografía infantil, debe recordar el juzgado que según lo probado esa fotografías se encontraron en desarrollo de una diligencia de allanamiento y registro en la residencia en la que vivían solamente la señora SILVIA JARAMILLO y su hijo FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO; adicionalmente según lo informado por la investigadora ELENA CORTES CRUZ que participó en la diligencia de allanamiento y registro, en desarrollo de la misma la señora SILVIA JARAMILLO informó que la habitación en la que se encontraron los dispositivos de almacenamiento electrónico en los que fueron halladas las fotografías con pornografía infantil, era usada solo por su hijo FERNANDO MAURICIO; narrando además la investigadora que en el curso de la diligencia de registro FERNANDO MAURICIO se mostró muy exaltado y grosero y se enojó mucho cuando ingresaron a la habitación en la que se encontraron los equipos de almacenamiento digital que finalmente fueron incautados y de donde se extrajeron las fotografías ya relacionadas y que les expresaba que no podían tocar las cosas que había en esa habitación, Resultando en este punto pertinente señalar que según lo informado por la señora SILVIA JARAMILLO en el juicio, su hijo FERNANDO MAURICIO tenía teléfono celular y un computador que utilizaba solo él y que utilizaba el internet para consultar sobre asuntos de su salud; pudiendo establecer a partir de las pruebas que se practicaron en el juicio, que la persona que utilizaba los equipos en los que fueron encontradas las imágenes con pornografía infantil y quien conservaba esas imágenes, era FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO.

Adicionalmente, en este punto, es importante tener en cuenta que el CD que fue remitido por la Embajada de los Estados Unidos, que por las razones indicadas en procedencia no se consideró como una prueba auténtica, sin embargo, también como se indicara con antelación, sí resulta legítimo valorarlo como una noticia criminal que dio lugar a la investigación; en tales circunstancias aunque no se estableció, según las reglas del procedimiento penal, quien remitió esa información, en concreto el CD anexo al oficio de la Embajada, es claro que las imágenes y los textos que las acompañaban fueron cargadas a internet, en

tanto fueron remitidas a la Fiscalía General de la Nación de Colombia por la embajada de los Estados Unidos, siendo además fundamental reiterar que existía coincidencia entre las fotografías que contenían pornografía infantil halladas en los equipos incautados en el procedimiento de allanamiento y registro con las cargadas a internet y que fueron remitidas por la embajada; concluyendo a este respecto que si dichas imágenes no se hubiesen cargado a internet, era imposible que las hubiera remitido desde el extranjero.

Siendo en este punto importante recordar que una de las cuentas de correos electrónicos de los que según esa fuente no formal, se cargó la información con contenido pornográfico infantil a la internet, en concreto la cuenta de correo *fernandoruizjaramillo@gmail.com* fue precisamente la cuenta inscrita por FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO al contratar con la empresa CLARO o TELMEX al servicio de telefonía IP desde el año 2009; que según lo reportado en esa fuente no formal, quien cargaba las imágenes de pornografía infantil se identificaba como FERNANDO MAURICIO e indicaba que un “*chico gay*” que vivía en Medellín y se ofrecía a sí mismo para enseñar a masturbar y para realizar masajes eróticos a hombres.

Debiéndose concluir que se demostró más allá de toda duda razonable, que la persona que poseía las fotografías que contenía pornografía infantil era el procesado FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO.

La juzgadora consideró que el procesado es una persona imputable, pero que es una persona excluida marginalmente por temas de salud, por lo que reconoció la disminuyente punitiva del Art. 56 del CP.

Empero, al momento de analizar si RUIZ JARAMILLO se encontraba en una situación de menor exigibilidad de la conducta debida, estima el despacho que en consideración a la patología que FERNANDO MAURICIO presenta, esto es, el ***Síndrome de Klinefelter y a las afectaciones intelectuales, cognitivas y emocionales***, que dicho síndrome le ha generado, RUIZ JARAMILLO se encontraba en el momento en el que fue encontrado en posesión de material que contenía pornografía con menores de 18 años, en una situación de menor exigibilidad de la conducta debida, asimilable normativamente a las que regula el Código Penal en el artículo 56.

En este punto debe señalarse que según lo probado con las declaraciones del sicólogo LEONEL VALENCIA LEGARDA y del médico legista JAIME MONTOYA MATEUS, FERNANDO MAURICIO RUIZ es un hombre que nació con una condición que le desencadenó una discapacidad cognitiva, que además genera unas características físicas evidentes y notorias. Siendo en este punto pertinente mencionar, que antes de la pandemia, esto es, antes del mes de marzo de 2020 este proceso se rituó de manera presencial por parte de la juez que emite esta sentencia, incluso

muchas de las sesiones del juicio se agotaron en la presencialidad, y con ocasión de la asistencia de FERNANDO MAURICIO a las diferentes audiencias, pudo percibir directamente esta funcionaria, que es evidente que el ahora sentenciado tiene una condición especial, que es notoria no solo porque siempre asistía acompañado de su señora madre, sino además y sobre todo por sus características físicas, por la forma en la que se expresa, por sus actitudes, por la forma en la que se mueve; y estima esta funcionaria que esa misma percepción la tuvo la señora juez 8ª penal municipal con funciones de control de garantías de esta ciudad, quien conoció de las audiencias preliminares, y pese a los hechos tan graves que se habían atribuido en la audiencia de imputación, se abstuvo de llevar a cabo la audiencia de imposición de medida de aseguramiento, hasta que no se contara con el concepto de imputabilidad de Medicina Legal.

Retomando entonces, nos encontramos ante una persona con una discapacidad intelectual, con unas características físicas peculiares, porque según lo descrito por médico legista JAIME MONTOYA MATEUS, presenta *“...aumento de la longitud de las extremidades y deformidades en los dedos, alteraciones en la columna vertebral, baja densidad ósea. es alto, delgado, con hipotonía, con debilidad muscular, tiene depósitos grasos abdominales que hacen que el abdomen sea prominente... tiene además características faciales... el cráneo extendido y las orejas bajas, y las mamas son más grandes. Y en la cadera es más femenino, no triangular como en el hombre, sino ovalado”*. Describiendo además este galeno que según la historia clínica **FERNANDO MAURICIO presenta como características genitales: micropene e hipogonadismo**, que desde niño ha sido objeto de *bullying* y de rechazo, según lo manifestado por la señora SILVIA JARAMILLO.

Adicionalmente, según lo descrito de manera coincidente por el psicólogo LEONEL VALENCIA LEGARDA, por el médico legista JAIME MONTOYA MATEUS y por la señora SILVIA JARAMILLO, FERNANDO MAURICIO es una persona retraída, insegura, con muchas dificultades de socialización; de hecho, según lo descrito por la señora SILVIA JARAMILLO, su hijo FERNANDO MAURICIO es amigo de señoras mayores; siendo importante en este punto mencionar que según lo descrito por el perito psicólogo de la defensa, quien entrevistó directamente a FERNANDO MAURICIO y le realizó varias pruebas sicométricas, esta persona le manifestó que él *“era marico”*, y que se sintió incómodo cuando habló del tema.

En este contexto entonces, estima el juzgado que aunque RUIZ JARAMILLO es una persona imputable, su situación particular lo ponía en una condición de menor exigibilidad de la conducta debida, que atenúa la culpabilidad. Y es que se demostró, que para el momento en el que se llevó a cabo el hallazgo en su poder de material con pornografía, que aunque FERNANDO MAURICIO contaba con 35 años de edad, tenía desde que nació una discapacidad cognitiva de leve a moderada, que le había

ocasionado problemas de socialización especialmente con las personas de su mismo género

5. RECURSO DE APELACIÓN

El abogado defensor, doctor HERNAN EUGENIO YASSIN MARIN, interpone y sustenta recurso de apelación, así:

(i) ***Nulidad***

Solicitó nulidad a partir de la formulación de acusación, para que se haga la adecuación de los hechos jurídicamente relevantes, ajustándose a las reglas decantadas por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Consideró que la Fiscalía en la imputación ni en la acusación señaló los hechos jurídicamente relevantes, se sustituyen por una relación de elementos materiales probatorios y hechos indicadores, para demostrar ello transliteró el escrito de acusación que no difiere de la imputación.

De ahí coligió que se citan los dichos del informe del agregado de la Embajada y de actos de investigación, es decir, se hacen citas de elementos materiales probatorios, se mezclan hechos indicadores; y, para rematar, se hacen cargos por varios de los verbos rectores, sin determinación fáctica; es decir, sin que se determine cuándo y por qué medios se transmitió, qué material de imágenes y videos poseían y cuáles almacenaba.

La acusación fue reflejo exacto de la imputación, por tanto, se presentó un escrito con las mismas falencias.

En momento alguno, solo una tangencial referencia al número de eventos que hizo la Fiscalía en la imputación, se determinaron las imágenes o videos que fueron transmitidas o compartidas, almacenadas o se poseían, la temporalidad, día y hora, ni los enlaces o trazabilidad a través de la red social. Esta falta de determinación afinca el panorama de indefensión y violación al debido proceso, suficiente para disponer la nulidad.

(ii) ***De la valoración probatoria***

Consideró la juez que no existía forma de acreditar la autenticidad del CD que no fue obtenido en forma directa por las autoridades americanas, sino que les fue entregado por una entidad privada ajena a dicho Gobierno, por tanto, la información debe tenerse como noticia criminal, con base en la cual el ente investigador debió haber adelantado actos de investigación que brillaron por su ausencia. Se dedicaron fue a extraer lo que venía en ese medio magnético.

Es que el investigador de la Fiscalía, RAUL CORREA debió constatar con la red social Twitter sobre la veracidad de esa información.

En su lugar, la investigadora ELIANA CORTES se limitó a corroborar la dirección IP que venía como dato en el CD que no ingresó como prueba autenticada, de ahí dispuso el registro y allanamiento del inmueble.

Se siguió una línea trazada por una información no corroborada; sin embargo, se encontró la evidencia.

“Pero en lugar de buscar la trazabilidad a través de la red de Twitter, la investigadora ELIANA CORTES se limitó a corroborar la dirección IP que venía como dato en el CD que no ingresó como prueba autenticada, donde está instalada y su titular; y, esa fue la única senda investigativa, para luego, sin fundamento serio, disponer el registro y allanamiento del inmueble.

Realmente no fueron actos de investigación autónomos al verificar la dirección física y quienes residían allí, porque simplemente se seguía una línea trazada por una información no corroborada. Pero entonces, se encontró la evidencia necesaria, aunque se llegó en forma poco ortodoxa”.

El mero hallazgo en unos dispositivos de almacenamiento, de ninguna manera permiten señalar que esos videos o esas fotos fueron recaudados por FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO; o, que no se deban a la mera curiosidad de una persona que tiene una situación genética o biológica especial que trunca su desarrollo físico, afectivo y sexual.

La juez señaló que muchas fotos extraídas de esos dispositivos de almacenamiento coinciden con las que se encuentran en el CD; es decir, está habilitando un medio magnético que ya se descartó; y, que se tiene solo como noticia criminal, así como lo refirió en su argumentación.

No es suficiente entonces, para demostrar que esas imágenes son coincidentes con cualquiera que se haya supuestamente transmitido a través de Twitter, conforme al CD entregado por la Embajada, que se haya estipulado que de los dispositivos hallados en la residencia del acusado se extrajo información respetando los protocolos correspondientes, ni que esas imágenes o videos hayan sido descargados por el procesado; o que tuviera un fin libidinoso.

No es un argumento suficiente para determinar que fue el acusado quien almacenaba o poseía imágenes o videos de menores sexualizados, que sean esos equipos utilizados por este, o hallados en su habitación, porque incluso alguno de los correos que se afirman utilizados para transmitir trinos en la Red Twitter, que nunca se probaron, es el correo suministrado por la progenitora de mi defendido.

Mucho menos, una actitud por parte del procesado de exaltación o grosería ante la irrupción en su entorno, se puede convertir en un indicio en su contra.

Y, paradójico resulta que se tenga el CD enviado por la Embajada solo como noticia criminal, pero a renglón seguido, afirme la *a quo* que le resulta claro que esas imágenes y los textos que la acompañan, fueron cargadas a internet.

Se está dando por probado lo que no hay que probar. No se probó que el procesado fue quien obtuvo esas imágenes con contenido sexual donde hay menores de edad, y que las mismas se obtuvieron con fines lúbricos; no por esa mera curiosidad en el tema sexual en quien nunca ha logrado vivir su sexualidad con plenitud.

El baremo de la óptica para calificar esas imágenes como de connotaciones sexuales no puede ser el que tenga por personas con una sexualidad normal, sin trastornos como los que tiene en su desarrollo físico y características físicas el procesado.

Es aventurado afirmar que el procesado conservaba el material relacionado para satisfacer intereses sexuales, máxime con el desarrollo físico y características sexuales del inculpatado.

Si se admitiera que ese material pertenecía al procesado, no puede inferirse que se hacía para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, buscando hacer parte de una cadena de explotación sexual de menores de edad. Falta el componente de antijuridicidad.

La conducta es atípica.

(iii) ***De la inimputabilidad***

El agente del Ministerio Público claramente vislumbró que FERNANDO MAURICIO es un niño atrapado en el cuerpo de un adulto, pero de un adulto con grave deficiencia de índole biológico.

Es la judicatura quien debe arrimar a la determinación de la inimputabilidad, apoyada en la experticia médica.

En este evento, la juzgadora se aleja de esa base científica, como quiera que fueron dos profesionales los que dieron un concepto científico que apuntan hacia la inimputabilidad del procesado.

La historia clínica de FERNANDO MAURICIO nos da cuenta de antecedentes que nos permiten señalar que el procesado es una persona desconectada de la realidad, de su entorno y no puede pretenderse que quien no tiene capacidad cognitiva, esté imposibilitado para realizar actividades mínimas como encender un computador, enviar o recibir correos, buscar imágenes y videos en la red global. Aunque es un discurrir fáctico que no fuera probado suficientemente en la causa.

El procesado tiene alteración del aprendizaje (de hecho solo llega hasta 5° de primaria con dificultad) alteración del comportamiento y de la conducta, descuido total de la higiene, calificado por su madre como atípico, tímido, que fue “*violado*”, inseguro, tembloroso, “*confunde la verdad con la mentira*”, sin desarrollo de características sexuales secundarias, con alteración en la motricidad fina, con discapacidad intelectual moderada, y tener un micropene como consecuencia del trastorno hormonal de Klinefelter.

El síndrome de Klinefelter, en varones con un cromosoma “x” adicional conlleva alteraciones no solo anatómicas, sino además psicoactivas y sociales, que no pueden dejarse de lados como fundacionales de una deficiente percepción de la realidad.

Uno de los psicólogos más consultados en nuestro medio forense, LEONEL VALENCIA LEGARDA, señaló las falencias del concepto del psiquiatra de Medicina Legal que, entre otras, cosas no se llevó a declarar al juicio para incorporar su base de opinión pericial, puesto que ese experto no realizó pruebas acompañadas de un juicio clínico estructurado al señor FERNANDO MAURICIO.

Por el contrario, el perito de la defensa efectuó una serie de pruebas científicas, acogidas por la comunidad científica, encontrando que la capacidad cognitiva arrojó un resultado de 10, cuando el promedio normal va de 26 a 30; o sea, en un nivel bastante bajo de comprensión del entorno y la realidad.

Una discapacidad que se detecta, incluso, de bulto, por la forma de hablar, la apariencia física, la forma de moverse y desplazarse con dificultad y con afectaciones psicológicas al estrecharse por efecto de la enfermedad la capacidad de la corteza cerebral, además de una dislexia marcada que no le permite describir en forma clara textos y poder generar respuesta en una latencia de tiempo.

Un ser humano que no es capaz de ubicarse temporo-espacialmente, está desligado de la realidad, que no es otra cosa que una esfera cognitiva deficiente, una discapacidad cognitiva de tipo moderado y del neurodesarrollo.

Por todo ello, es que el experto basado en los resultados de las pruebas aplicadas determina que FERNANDO MAURICIO tiene una discapacidad moderada, que es constitutiva de una distorsión de la realidad, suficiente para afirmar que no tiene capacidad de comprensión, por un trastorno de base permanente.

Ese cúmulo de dificultades del procesado, no deja dudas que lo lleva a categorizarlo como inimputable.

Además, el experto legista vinculado a la Defensoría del Pueblo, JAIME MONTOYA MATEUS, corroboró desde su disciplina científica la existencia del síndrome de Klinefelter, el cual tiene manifestaciones físicas, mentales y neurológicas, siendo relevante el déficit del lenguaje, la dificultad motora con hipotonía y no duda en señalar que FERNANDO MAURICIO presenta un déficit cognitivo moderado, sin diferenciar mentira de verdad, siendo su desarrollo intelectual similar al síndrome de Down.

No es atendible la conclusión de la *a quo*, en cuanto a que el procesado no es un inimputable para el momento de los hechos, porque esa categorización la pueden dar los peritos y corresponde a la judicatura con base en la prueba arrimada, de índole testimonial (la madre) y científica (los dos expertos) llegar a una conclusión de tal entidad.

No se hace una argumentación dialéctica argumentada por la *a quo*, del porqué estima que a pesar de estar acreditados conceptos científicos, el procesado comprendía que conservar pornografía infantil era una conducta prohibida, ilícita, contra la Ley y podía además de comprender, determinarse frente a esa comprensión de hacerlo o no hacerlo.

Es un ser humano que no es capaz de salir a la calle sin la compañía de su madre, sin identidad sexual, sin tratamiento adecuado, sin autoestima por su poca preocupación por su higiene, difícilmente tiene una conexión con la realidad y con el entorno, que lo lleve a comprender y determinarse, tal como lo estima la *a quo* que lo puede hacer.

Es que la discapacidad cognitiva moderada a ello lleva, a que la persona pueda realizar algunas actividades mínimas, como prender un computador o enviar un correo electrónico, pero no ir más allá, un intelecto atrofiado, sin adecuado desarrollo.

El ocultamiento de su actuación que no diera a conocer su madre la conservación de imágenes y videos, no es un argumento suficiente para inferir razonablemente que tenía comprensión de la trascendencia de ese material, ni que él se mostrara enojado al momento del allanamiento, cuando le iban a violentar su intimidad.

Debió reconocerse la inimputabilidad. Si, por el contrario, se encuentra cumplida la prueba necesaria de tipicidad y antijuridicidad, se solicita aplicarse una medida de seguridad y no una pena.

Con todo lo expuesto el recurrente solicitó se revoque la sentencia de primer grado, disponiendo la nulidad de la actuación o absolviendo por no encontrarse la prueba necesaria para pregonar tipicidad y antijuridicidad, en últimas reconociendo que nos encontramos frente a una persona inimputable a quien debería de aplicarse una medida de seguridad y no una pena.

6. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala responderá los cuestionamientos de censura en los acápites siguientes.

7. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DEL DELITO TIPO DEL ART. 218 DEL CÓDIGO PENAL

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:

«Artículo 218. **Pornografía con personas menores de 18 años.** El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 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».

En la sentencia CSJ SP, 24 octubre 2019, rad. 47.234, 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**»,

No obstante, ello fue matizado en últimas, mediante la providencia CSJ SP, 4 de noviembre 2020, rad. 51.626, 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 infantil¹, 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 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».

¹ 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.

Criterio reiterado en CSJ SP 1863-2021, rad. 56.656 de 19 mayo 2021, donde se agregó:

«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».

Se requiere prueba entonces que las imágenes de contenido explícitamente sexual se obtengan o conserven en un contexto de **explotación sexual, violencia o abuso**.

8. EL PROCESADO TIENE UNA CONDICIÓN ESPECIAL

No se probó que el procesado es una persona inimputable; sin embargo, el acusado padece de síndrome de Klinefelter, que es una patología biológica hormonal; una enfermedad gonadal en la parte testicular.

Las personas que presentan esta condición casi siempre son personas, altas delgadas, con hipotonía, con debilidad muscular, tienen depósitos grasos abdominales que hacen que el abdomen sea prominente.

Otro signo físico es el micropene o pene pequeño.

Desde lo neurológico, presentan un déficit cognitivo moderado, déficit del lenguaje, dificultad motora con hipotonía.

No tienen identidad de sexo.

Se evidenció en los audios que el acusado tiene problemas de lenguaje.

La juez de primer grado refirió que es ostensible la condición especial del procesado, pero no se probó en juicio la inimputabilidad del procesado.

Precisamente, por esa condición se reconoció la disminuyente punitiva según el artículo 56 del Código Penal.

9. RECUENTO DE LA ACTUACIÓN PROCESAL

La institución NCMEN, *Centro Nacional para Menores Perdidos y Explotados*, es una agencia no gubernamental de Estados Unidos que en apoyo con las redes sociales intercambian información donde pueden existir imágenes o videos con contenido explícito de pornografía infantil.

NCMEN por reporte de las redes sociales se enteró que se cargó a la Plataforma Twitter varias imágenes con contenido explícito de pornografía infantil a través de unos correos electrónicos y de una dirección IP con ubicación en Medellín, donde el usuario correspondía a FERNANDO MAURICIO.

Puso en conocimiento de la situación a la Agencia AIS, HSI de la Embajada de los Estados Unidos.

Adjuntó el CD con el material de evidencia, referenciado como CD DVD NCMED LEAD del 9 de septiembre de 2015, que contenía las imágenes que se cargaron a la red social Twitter y **los reportes**, 19 en total.

En los reportes se hace la descripción en detalle de cada una las imágenes cargadas a la red social Twitter y se identifican con unos números así: N° N°6123108, 6124361, 6125960, 6237576, 6263016, 6263072, 6313399, 6313473, 6340018, 6341128, 6353016, 6376508, 6377014, 6388502, 6413684, 6479821, 6479959 y 6480030.

El Agregado de la Agencia AIS HSI de la Embajada Americana, LUIS SIERRA emitió la comunicación oficial N° SB07QR15 SB0001/S.M. (C.A.)-FY15-320, donde pone en conocimiento a las autoridades colombianas de la situación reportada por NCMEN.

Advirtió que un ciudadano colombiano estaba compartiendo contenido pornográfico y suministró los datos que tenía: Nombre, FERNANDO MAURICIO, celular, emails que utilizó, cuentas de Twitter; y, dirección IP con ubicación en Medellín, Colombia.

Lo anterior, con base en el Artículo 9° de la Convención de Viena en la cual establece el intercambio de información entre entidades de policía judicial con el fin de combatir el crimen organizado transnacional.

Anexo a la comunicación oficial el CD y los 19 reportes de NCMEN.

Dicha comunicación oficial y sus anexos se enviaron a la Dirección Nacional de Articulación de Policía judicial de la Fiscalía General en Colombia y al parecer fue recibida por CESAR LAFOURIE, Coordinador del grupo en ese entonces; quien a su vez se la entregó a RAUL EMILIO CORREA GUTIERREZ, investigador del Grupo de Apoyo de Investigaciones de Seguridad Nacional de la Dirección prenombrada, con la finalidad de desplegar todas las actividades judiciales y se rindiera el respectivo informe.

Esto mediante la orden de trabajo N°725, sin más datos.

En cumplimiento de la labor encomendada, el investigador, RAUL EMILIO CORREA GUTIERREZ: **(i)** verificó en bases públicas la existencia de NECME, encontrando que se trataba de una agencia no gubernamental, la cual en apoyo de las redes sociales intercambian información sobre imágenes o videos con contenido de pornografía infantil. **(ii)** Verificó el contenido del CD que contenía diferentes carpetas con contenido explícito de pornografía infantil. **(iii)** Realizó unas recomendaciones y sugerencias para que se remitiera a Grupo de Asignaciones o al Fiscal asignado y se diera apertura a investigación con número de noticia criminal; a quienes les correspondía continuar con las actividades de verificación mediante órdenes de Fiscal.

Por último, sometió a protocolo de cadena de custodia el CD (CD DVD NCMED LEAD del 9 de septiembre de 2015); es decir, lo rotuló y lo embolsó.

Lo anterior, lo consignó en un informe de investigador ejecutivo.

ELIANA CORTES, es técnica profesional en policía nacional y administración judicial; se desempeñó como policía judicial en Bogotá.

Dice que recibió la información de RAUL EMILIO CORREA GUTIERREZ, quien es un investigador de la Fiscalía General de la Nación, pero no sabe a cuál Dirección Especializada está asignado.

Revisó el contenido del CD y los reportes de NCMEN, los 19 reportes.

Esos reportes estaban en inglés, como no manejaba el idioma, los tradujo utilizando google traductor.

Detalló que cada reporte se identifica con un número y hace la siguiente descripción: quién hace el reporte, en este caso siempre es Twitter; tipo de incidente: *“pornografía infantil, posesión, manufactura o posesión”*; quién es el usuario, es decir, el email; el nickname, es decir, cómo se identifica, la dirección IP que utilizó; y la respectiva imagen que cargó a Twitter con la descripción; por ejemplo,: *“soy un chico gay pasivo de Medellín, Antioquia, y me gusta dormir desnudo total y yo me masturbo mucho 24 horas al día.”*; *“soy un chico gay de 34 años, vivo en Medellín, me gusta chupar penes peludos y hacer pajas mutuas”*; *“soy un gay pasivo vivo en Medellín, me gustan los hombres muy serios que me masturban y me mamen mi pene”*; etc.

En audiencia de juicio oral utilizó el CD; es decir, exhibió las imágenes y describió cada uno de los 19 reportes de NCMED.

Relató que en algunas imágenes se observa jóvenes menores de edad porque por la descripción morfológica es algo evidente. No tiene la capacidad de definir si las fotos fueron tomadas acá en Colombia o fueron producidas por la persona que están reportando.

Por los reportes de NECME estableció que ese usuario cargó las fotografías desde la misma dirección IP, por esta razón solicitó búsqueda selectiva en base de datos, donde le requirió a la empresa Claro información al respecto.

Última quien le informó que la dirección IP 181.62.2.154 estaba asignada desde el 10 de septiembre de 2009 al señor FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO, aportó la dirección del inmueble, su número de cédula y los correos electrónicos que se aportaron para solicitar el servicio.

De los resultados, se hizo control posterior.

Con la información suministrada por la empresa Claro, solicitó orden de policía judicial para la elaboración de la fotocédula de FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO; y, para llevar a cabo diligencia de registro y allanamiento al inmueble.

Una vez autorizada, adelantó la diligencia de registro y allanamiento con apoyo de la Policía Nacional cuadrante de Medellín, donde incautó dispositivos de

almacenamiento digital, tales como: discos duros, memorias, un celular y una cámara fotográfica.

La acompañaron un perito fotógrafo y un perito informático quien extrajo la información de los dispositivos electrónicos.

No solicitó captura, porque quería verificar y comprobar que ese tipo de archivos reportados por NCMEN, estuviera en algún dispositivo utilizado por RUIZ JARAMILLO.

Los resultados de las actuaciones adelantadas fueron consignados en un informe de investigador de campo y remitidos al Fiscal.

También, elaboró el informe de registro y allanamiento FPJ-19 de 26 de enero de 2017, donde se reseñó qué se incautó y se hizo la relación de las evidencias.

Acto seguido, solicitó al Gaula Control Cibernético en Bogotá que hiciera la extracción de la información contenida en los dispositivos electrónicos incautados.

Posteriormente, recibió el informe de JHON ANDERSON MARTIN CORTES, perito informático, anexo con dos (2) CD'S.

Se estipuló que la extracción de la información de los elementos por parte del perito informático en la diligencia de registro y allanamiento se hizo conforme a los lineamientos legales.

Se le ordenó a la testigo realizar un análisis de la información del perito, por lo que elaboró el informe FPJ-11 de fecha 30 de mayo de 2017, donde analizó los dos (2) CD'S que le entregó el perito informático, uno, es un DVD que contiene la noticia criminal del proceso; y, el otro, con varias carpetas con imágenes que fueron extraídas de los dispositivos.

Coligió en su informe que: “**se logra evidenciar imágenes de contenido sexual explícito**”; además que varias imágenes encontradas coinciden con el reporte de NECME.

Se resume:

Uno, NECME puso en conocimiento a la Embajada Americana que un ciudadano colombiano cargó a la red social Twitter unas imágenes con contenido de pornografía infantil.

Les envió un CD con las imágenes y los 19 reportes.

Cada reporte describe lo siguiente: quién hace el reporte, en este caso siempre es Twitter; tipo de incidente: “*pornografía infantil, posesión, manufactura o posesión*”; quién es el usuario, es decir, el correo electrónico; el nickname, es decir, cómo se identifica, la dirección IP que utilizó; y la respectiva imagen que cargó a Twitter con la descripción; por ejemplo: “*soy un chico gay pasivo de Medellín, Antioquia, y me gusta dormir desnudo total y yo me masturbo mucho 24 horas al día.*”; “*soy un chico gay de 34 años, vivo en Medellín, me gusta chupar penes peludos y hacer pajas mutuas*”; “*soy un gay pasivo vivo en Medellín, me gustan los hombres muy serios que me masturban y me mamen mi pene*”; etc.

Dos, el Agregado LUIS SIERRA de la Agencia AIS, HSI, de la Embajada Americana, elaboró una comunicación oficial con N° SB07QR15 SB0001/S.M. (C.A.)-FY15-320 donde les informó a las autoridades colombianas del posible delito de pornografía infantil.

Anexó el CD y relacionó los reportes de NCMEN: N°6123108, 6124361, 6125960, 6237576, 6263016, 6263072, 6313399, 6313473, 6340018, 6341128, 6353016, 6376508, 6377014, 6388502, 6413684, 6479821, 6479959 y 6480030.

Dicha comunicación la remitió a la Dirección Nacional de Articulación de Policía judicial de la Fiscalía General en Colombia y fue recibida por CESAR LAFOURIE, Coordinador de grupo, quien designó a RAUL EMILIO CORREA GUTIERREZ para que desplegara todas las actividades judiciales, último quien sugirió que se debía continuar con actividades de verificación ante el Grupo de Asignaciones o Fiscalía, pues debía darse manejo con órdenes de Fiscal.

Sometió el CD a cadena de custodia, lo embaló y rotuló.

ELIANA CORTES, Policía judicial, dice que recibió la información de RAUL EMILIO CORREA GUTIERREZ.

Es decir, la comunicación oficial de la Embajada Americana, la cual trae adjunta el mencionado CD.

El cual revisó y procedió a traducir con google traductor los reportes, porque estaban en inglés.

En resumen, en el CD están contentivas las imágenes que supuestamente FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO cargó a la red social Twitter y los 19 reportes con las descripciones de cada una de las imágenes, esto es quién la cargó, cuál es el nombre del usuario, de cuál IP, que título o descripción le daba a cada una de las imágenes que cargaba.

10. SOBRE LA INCORPORACIÓN DEL CD A LA ACTUACIÓN

Uno, quedó consignado en la audiencia preparatoria que el CD-DVD NCMED LEAD del 9 de septiembre de 2015, contentivo de la información entregada por la Embajada Americana, sería incorporado con el investigador RAUL CORREA GUTIERREZ

Dos, en el juicio oral, el CD no se incorporó con el testigo RAUL CORREA GUTIERREZ, consideró la juzgadora que debía introducirse con la persona que testigo que iba a reproducir el elemento.

Textualmente mencionó:

(01:01:20) JUEZ: En todo caso también por lealtad el juzgado indica que, aunque la Fiscalía solicitó la incorporación de este elemento con este testigo, teniendo en cuenta que él lo ha reconocido y de cara de garantizar la publicidad, pues será totalmente admisible que ese documento sea incorporado con quien efectivamente lo reproduzca en esa audiencia de juicio oral.

El juzgado entonces no admitirá todavía elemento por lo menos el CD, porque el oficio como tal, se entiende que es un (1) solo elemento se incorporará entonces con el testigo que reproduzca el cd en el momento correspondiente en esta audiencia de juicio, tanto, el oficio que está por escrito como el CD correspondiente señora defensora.

RAUL CORREA GUTIERREZ, se limitó a leer la comunicación oficial de la Embajada Americana.

Tres, la policía judicial, ELIANA CORTES reprodujo el CD, enunció y explicó cada uno de los diecinueve (19) reportes de NCMEN, pues ella los tradujo.

La Fiscalía solicitó la incorporación del CD, pero la defensa se opuso aduciendo que no se cumplían con las directrices establecidas por el Art. 427 inciso 2° y Art. 428 del CPP que describen:

Art. 427.-Documentos procedentes del extranjero. (...) Inc. 2° adicionado. L.1453/2011, art. 62. Los documentos debidamente apostillados pueden ser ingresados por uno de los investigadores, que participaron en el caso o por el investigador que recolectó o recibió el elemento material probatorio”;

Art. 428 “Traducción de documentos. El documento manuscrito, mecanografiado, impreso o producido en idioma distinto del castellano, será traducido por orden del juez y por traductores oficiales. El texto original y el de la traducción constituirán el medio de prueba.”

La juez no acogió los planteamientos del defensor y resolvió tenerlo como prueba documental N°1 de la Fiscalía.

Así resolvió:

“Sin embargo, el inciso 1° de ese Art. 427 señala: “los documentos remitidos por autoridad extranjera en cumplimiento de autoridad penal colombiana basada en convenio bilateral o multilateral de cooperación judicial recíproca son auténticos a menos que se demuestra lo contrario, en el caso que nos convoca es fundamental recordar el juzgado con todo respeto lo señala, porque el señor defensor con todas las dificultades que tiene la defensoría pública solamente hasta esta fecha asume el caso; sin embargo el primer testigo que concurrió al juicio, RAUL EMILIO CORREA GUTIERREZ expresó que esa información se la remitió la Agencia de Seguridad de los Estados Unidos, no se la remitió directamente NECME.

NECME se la remitió a la Agencia de Seguridad de Estados Unidos y la Agencia de Seguridad de Estados Unidos con quien Colombia tiene un convenio, concretamente, el convenio al que ha hecho referencia la señora Fiscal el convenio de Viena con ocasión entonces de ese convenio se remitió, explicó el señor testigo de manera legítima la información por parte del estado colombiano.

Considera esta funcionaria que ese documento cumple con la exigencia que establece el Art. 427 del CPP, esto es que se recibe y se presenta en el juicio con ocasión de un convenio multilateral y que es autentico a menos que se demuestre lo contrario, el testigo RAUL CORREA GUTIERREZ lo reconoció como aquel oficio y aquel cd que había recibido de parte de la Agencia de Seguridad de los Estados Unidos y la señora testigo, acá presente, lo ha reconocido como el documento que recibió y lo indicó ella al principio de su declaración de parte de RAUL CORREA.

Estima el despacho entonces, contrario a lo manifestado por el señor defensor que en ese caso no es necesario apostillar los documentos, entiende esta funcionaria que apostillar es lo mismo que autenticar un documento, como ir a una Notaria que se certifique que ese documento que se está presentando se corresponde con el original, en el caso contrario, de manera respetuosa estima esta funcionaria lo que se ha presentado es un evento de cooperación internacional con uno de los delitos más graves que padece la humanidad y, es efectivamente la pornografía y el sometimiento de los niños a trata delitos sexuales y como lo indicó el señor defensor, pues hace las veces de una defensa debía verificarse por parte de las entidades competentes del estado colombiano.

Estima entonces, el despacho que es admisible los elementos, el informe reconocido por la testigo y finalmente el CD que fuera reconocido inicialmente por el testigo RAUL EMILIO CORREA GUTIERREZ como aquel que le remitió la Agencia de Seguridad del estado de Estados Unidos proveniente a su vez de MELVAC (es NEMEC) y que también fuera reconocido por la testigo de acreditación, como aquel que recibió de ese investigador y que ella sometió a análisis.

(04:23:09) tendrá entonces como prueba documental, ¿son dos (2) documentos, señora Fiscal?

(04:23:14) FISCAL: Si su señoría

(04:23:15) JUEZ: pruebas documentales N°1 y N°2 de la Fiscalía. Dejando constancia que en todo caso estos documentos fueron decretados como pruebas desde la audiencia preparatoria, como bien lo han manifestado las partes en sus intervenciones, incluso el señor defensor, podrán referirse al mérito probatorio que debe reconocérsele por parte del despacho en los alegatos de conclusión (04:23:38)

Cuatro: Pese a que ya se había abordado el tema de la autenticidad del documento en el juicio oral, la *iudex a quo* consideró en la sentencia que el CD no se presumía autentico y que *“no podía tenerse como prueba para demostrar que desde la dirección IP reportada en ese CD se subieron a la red social Twitter fotografías explícitas de pornografía infantil, ni mensajes que invitaran a la explotación infantil”*

En su sentir, no se cumplió con el procedimiento establecido en las normas procesales aplicables que garantizan la autenticidad del medio de prueba, pues no se estableció quién remitió la información.

No cumplía con las exigencias establecidas en el Art. 427 y 428 del CPP, porque proviene de NCMEN una organización privada, no proviene directamente por el gobierno de los Estados Unidos, a diferencia del oficio o “*comunicación oficial*” suscrita por un Agregado de la Embajada Americana.

De la información contentiva de dicho elemento no se hizo la traducción oficial como lo exige el inciso 2° del Art. 427 del CPP.

Sin embargo, resaltó que esa información debía tenerse como “*noticia criminal*”

Bajo ese panorama, absolvió por el delito de utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, consagrado en el Art. 219 del CP, contrario sensu, condenó por pornografía infantil, Artículo 218 del CPP.

La juzgadora adveró:

“Adicionalmente en este punto, es importante tener en cuenta el CD que fue remitido por la embajada de los Estados Unidos, que por las razones indicadas en precedencia no se consideró como una prueba auténtica, sin embargo, también como se indicara con antelación, **sí resulta legítimo valorarlo como una noticia criminal que dio lugar a la investigación; en tales circunstancias aunque no se estableció, según las reglas del procedimiento penal, quién remitió esa información en concreto el CD anexo al oficio de la Embajada, es claro que las imágenes y los textos que las acompañaban fueron cargadas a internet, en tanto fueron remitidas a la Fiscalía General de la Nación de Colombia por la embajada de los Estados Unidos,** siendo además fundamental reiterar que existía coincidencia entre las fotografías que contenían pornografía infantil halladas en los equipos incautados en el procedimiento de allanamiento y registro con las cargadas a internet y que fueron remitidas por la Embajada; concluyendo a este respecto que si dichas imágenes no se hubiesen cargado a internet, era imposible que las hubieran remitido desde el extranjero.

Ciertamente, se otean algunas contradicciones por parte de la juzgadora, como quiera que inicialmente en juicio estableció que el elemento o CD cumplía con las exigencias de los Art. 426 y 428 del CPP, pues precisamente esa fue la objeción de la defensa; no obstante, en la sentencia coligió todo lo contrario.

En ese mismo sentido, el CD iba a ser incorporado con un testigo; y, finalmente fue incorporado con otro.

En la sentencia no tuvo en cuenta el contenido del CD, pero llegó a la conclusión que la información debe tenerse como “*noticia criminal*”.

En fin, la juzgadora no tuvo en cuenta ni el CD, ni los reportes de NECME.

11. LA COMUNICACIÓN OFICIAL DE LA EMBAJADA AMERICANA DEBE TENERSE COMO NOTICIA CRIMINAL

Estableció la sentenciadora que, la comunicación oficial de la Embajada Americana da a conocer la comisión de un posible delito con menores de edad.

La policía judicial, ELIANA CORTES declaró que con base en los reportes de NCMEN se identificó que la dirección IP 181.62.2.154 de donde se cargaron las imágenes con contenido sexual estaba ubicada en la ciudad de Medellín, razón por la cual solicitó a la empresa Claro la información respectiva, obteniendo el nombre del acusado, la cédula de ciudadanía y la dirección.

De ahí ordenó, la elaboración de la fotocédula del procesado para identificación e individualización y la diligencia de registro y allanamiento.

12. LA JUZGADORA EMITIÓ SENTENCIA DE CONDENA CON BASE EN LOS RESULTADOS DE LA DILIGENCIA DE REGISTRO Y ALLANAMIENTO

En la mencionada diligencia, se incautaron unos dispositivos electrónicos, cuya información fue extraída por JHON ANDERSON MARIN CORTES, perito informático quien entregó el respectivo informe. Anexó 2 DVD.

La policía judicial ELIANA CORTES, analizó el contenido del informe del perito informático y concluyó que: *“se logra evidenciar imágenes de **contenido sexual explícito** las cuales se extrajeron de los siguientes EMP y EF (...).”*

Exhibió las imágenes y videos en juicio y coligió que en algunas fotografías se veían **“niños”** y que en un video *“se observa a un adolescente sosteniendo relaciones sexuales con una persona mayor, este adolescente tiene como rasgos de una persona asiática (...).”* *“(03:12:03) Aquí en esta página 14 se puede ver más claramente el rostro del adolescente que es joven; y, se ve que la persona por la cual está siendo accedida es mucho mayor que él”.*

Para la juez es evidente que se trata de niños menores de edad.

“Al respecto debe indicar el juzgado que contrario a lo planteado por el señor procurador, para el despacho es evidente que las fotografías encontradas en los dispositivos incautados en la residencia de FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO, en la habitación que según la señora SIVIA JARAMILLO era utilizada solo por su hijo FERNANDO MAURICIO, en las que aparecen niños desnudos con el pene erecto, niños desnudos con adultos tocándoles sus penes y otra en la que se observa a un adulto penetrando analmente a un niño, no es admisible expresar que el contexto de esas fotografías es equívoco, pues para cualquier observador objetivo es claro que los niños que aparecen en esas fotografías estaban siendo sexualizados y abusados. Por esta razón entonces, porque no es necesario acudir a interpretaciones teóricas, subjetivas, sino que es evidente, **se insiste de la simple observación de esas fotografías, que los niños que aparecen en ellas estaban siendo explotados y abusados en su**

sexualidad, siendo claro que se configuró la conducta de Pornografía con personas menores de 18 años.

Se probó en juicio que el acusado **tenía en su poder** esas imágenes que contenían pornografía infantil; era el procesado quien **conservaba** esas imágenes.

Es claro que esas imágenes fueron cargadas a la internet, en tanto fueron remitidas a la Fiscalía General de la Nación por la Embajada de los Estados Unidos.

Además, algunas imágenes halladas en los equipos incautados coinciden con algunas imágenes reportadas por NECMEN.

Para la juez es evidente que esas fotografías en las que aparecían niños y adolescentes, tenían connotaciones sexuales y que los niños fueron sexualizados y abusados.

Refirió:

En este punto debe insistir el juzgado que, tal y como se estableciera en precedencia que con la simple observación de las fotografías que aparecían en los equipos de almacenamiento digital incautados a FERNANDO RUIZ es evidente que esas fotografías en las que aparecían niños y adolescentes, tenían connotaciones sexuales, y los menores de edad que aparecían en ellas desnudos con los penes erectos, acompañados en algunas con adultos desnudos que les tocaban sus penes, y en una de ellas en las que es evidente que un niño está siendo penetrado analmente por un adulto, estaban siendo utilizados y explotados sexualmente.

Siendo pertinente señalar, que si bien en esos equipos se encontraron también imágenes de penes, aparentemente de adultos, que presentaban patologías, bajo ninguna circunstancia es razonable considerar que las imágenes de explícita pornografía infantil, las conservaba FERNANDO MAURICIO por simple curiosidad, o para comparar la forma y el tamaño de los penes, como fuera planteado por el delegado del ministerio público y por el defensor.

Pues las fotografías en las que aparecen los genitales masculinos, se advierten simplemente expositivas de una condición, mientras que por el contrario en las que aparecen los niños evidentemente se dan en un escenario de abuso, lo que se establece a partir de la actitud de los niños en las fotografías, de los adultos que los acompañan y del escenario en el que se tomaron las mismas: salas, camas. Siendo imperioso de contera, concluir que FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO obró dolosamente, conociendo que conservaba esas fotografías, queriendo conservarlas, para satisfacer sus intereses sexuales.

13. LA DENUNCIA PENAL COMO ACTO PROCESAL

Dice el abogado defensor en el recurso de apelación que “*Se está dando por probado lo que no hay que probar*”, y, en efecto, tiene toda la razón.

La fiscalía tomó como prueba fehaciente de comisión del delito una simple denuncia penal.

La denuncia, en principio es el ejercicio de un deber (Art. 95-7 Carta Fundamental. Art. 29 Ley 600 de 2000. Art. 67 Ley 906 de 2004). Tratándose se servidores públicos respecto de los delitos de investigación oficiosa, puede implicar la comisión del ilícito definido en el Art. 417 del Código Penal².

En su arista procesal tienen un carácter informativo, pues el medio a través del cual la víctima, o cualquier persona, reporta a las autoridades la comisión de conductas que pueden revestir las características de delito para que, de resultar el caso, se active el ejercicio de la acción penal (Art. 66 y ss. CPP), a efectos de investigación, acusación y sanción de las conductas que afectan o ponen en peligro efectivo los intereses jurídicos socialmente relevantes³.

Representa la activación de un medio para acceder a la administración de justicia, cuando concurren la calidad de ofendido y denunciante, constituye el ejercicio de una obligación legal y social de poner en conocimiento de la autoridad los hechos delictuosos⁴.

Para la Corte Constitucional, se trata de un **acto constitutivo y propulsor de la actividad estatal** en cuanto vincula al titular de la acción penal (la Fiscalía) a ejercerla con el propósito de investigar la perpetración de un hecho punible que deba ser investigado de oficio, en desarrollo de claros mandatos superiores previstos en los artículos 6° (responsabilidad por omisión y extralimitación de funciones de los servidores públicos); 123 (la vinculación de los servidores públicos a la Constitución, la Ley y el reglamento); 228 (el carácter público y permanente de la administración de justicia); 229 (el derecho a de acceso a la administración de justicia), y particularmente del 250 de la constitución que contempla el carácter obligatorio en el ejercicio de la acción penal⁵.

Así mismo, para la Corte Constitucional, **es un acto formal** en el sentido que, aunque carece del rigor de una demanda, convoca una mínima carga para su autor en cuanto exige (i) presentación verbal o escrita ante una autoridad pública; (ii) el apremio del juramento ; (iii) que recaiga sobre hechos investigables de oficio; (iv) la identificación del autor de la denuncia; (v) la constancia acerca del día y hora de su presentación; (vi) suficiente motivación, en el sentido que contenga una relación clara de los hechos que conozca el denunciante, de la cual se deduzcan unos derroteros para la investigación; (vii) la manifestación, si es del caso, acerca de si los hechos han sido puestos en conocimiento de otro funcionario⁶.

La denuncia **es un acto debido** en cuanto involucra el ejercicio de un deber jurídico (Art. 95.7 CP) del cual es titular la persona o el servidor público que tuviere conocimiento de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio. Las causas para exonerarse de este deber jurídico están previstas en la propia ley y

² CSJ AEI 0091-2020, rad. 00286 de 14 mayo 2020.

³ CSJ AEI 0091-2020, rad. 00286 de 14 mayo 2020.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005.

constituyen un desarrollo de las salvaguardias constitucionales establecidas en los artículos 33 y 74 relativas al derecho a la no autoincriminación, y a la inviolabilidad del secreto profesional⁷.

El acto de denuncia **tiene carácter informativo** en cuanto se limita a poner en conocimiento de la autoridad encargada de investigar, la perpetración de una conducta presumiblemente delictuosa, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó y de los presuntos autores o partícipes, si fueren conocidos por el denunciante. No constituye fundamento de la imputación, ni del grado de participación, o de ejecución del hecho, **careciendo, en sí misma, de valor probatorio**⁸.

Tiene diferencias con la querrela, pues la denuncia (i) no es desistible y (ii) no comporta la posibilidad de retractación en razón a la naturaleza pública de los intereses jurídicos que se encuentran comprometidos, lo que excluye la disponibilidad sobre los mismos por parte del denunciante⁹.

La denuncia constituye el pilar de la acción penal, en los delitos investigables de oficio, la denuncia es un acto procesal que se agota con su presentación y ampliación, surgiendo el **deber de impulso oficioso por parte de funcionario competente**, e ingresando el asunto al ámbito de la función pública regida por los atributos que le imprime el artículo 228 de la Carta¹⁰.

En todo caso, en términos de la ley (Art. 69.2 CPP), se inadmitirán las denuncias sin fundamento, en el entendido que la inadmisión de la denuncia únicamente procede cuando el hecho no existió o no reviste las características de delito; dicha decisión debidamente motivada debe ser adoptada por el fiscal y comunicada al denunciante y al Ministerio Público¹¹.

Así mismo, los escritos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente (parte final, Art. 69 CPP).

En el mismo sentido, tiene dilucidado la jurisprudencia que se debe inadmitir la denuncia incluso si tiene autor conocido, cuando el relato fáctico que la sustenta no contiene una imputación concreta, definida, revestida de seriedad que permita inferir de manera razonable la posible ocurrencia de una o más conductas punibles, identificar a sus autores y encaminar una posible investigación¹².

Igualmente, se debe inadmitir cuando se trata de una sindicación abstracta, genérica e imprecisa, desprovista de medios suasorios que la sustenten, a partir de la cual no es posible deducir la ocurrencia de delitos ni encauzar una investigación para establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su comisión¹³.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-1177 de 2005.

¹² CSJ AP rad. 28.660 de 29 febrero 2008; CSJ AP rad. 29.834 de 12 agosto 2009; CSJ AEI 0091-2020, rad. 00286 de 14 mayo 2020.

¹³ CSJ AP rad. 28.660 de 29 febrero 2008; CSJ AP rad. 29.834 de 12 agosto 2009; CSJ AEI 0091-2020, rad. 00286 de 14 mayo 2020.

Finalmente, en el entendido que es deber de todo ciudadano denunciar los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio (artículo 67 de la Ley 906 de 2004), las formalidades previstas para su recepción, comunes a la querrela y la petición especial (artículo 69 CPP), no limitan, impiden o prohíben hacerlo en un lugar, sitio o recinto determinado, en tanto lo relevante es que sea posible identificar a su autor dejando constancia del día y hora de la presentación de la noticia criminal y, por supuesto, de la relación detallada de los hechos que la motivan¹⁴.

14. ¿SE PROBÓ QUE LA IMÁGENES LAS CARGÓ EL IMPLICADO EN REDES SOCIALES DE INTERNET?

Recordemos que el abogado defensor dijo en el recurso de apelación que “*Se está dando por probado lo que no hay que probar*”.

En el caso presente se debió demostrar, y no se hizo, que del computador del implicado se subieron a las redes sociales imágenes de niños con explícito contenido sexual.

Ningún testigo, y ningún perito, hizo tal afirmación.

Simplemente se tomó la denuncia como verdad absoluta y real, como si no necesitara prueba, que eso era así.

Como no hay prueba, no se puede suponer ni colegir en contra del procesado.

Se debe reiterar que se coligió en el informe de la investigadora que: “***se logra evidenciar imágenes de contenido sexual explícito***”; además que varias imágenes encontradas coinciden con el reporte de NECME.

Pero jamás aseveró que fue el implicado quien subió esas imágenes a las redes sociales. Simplemente, que son coincidentes. Es decir, que existe la posibilidad real, fundada y objetiva, que pudo bajarlas a su computador, razón por la cual son coincidentes.

Ahora bien, lo que se encontró en la diligencia de registro y allanamiento fueron imágenes con evidente contenido sexual donde aparecen menores de edad. Aspecto que se tratará en el apartado siguiente.

15. EN LOS COMPUTADORES DEL PROCESADO SE ENCONTRARON IMÁGENES CON EXPLÍCITO CONTENIDO SEXUAL

En la diligencia de registro y allanamiento a morada de particular, se incautaron unos dispositivos electrónicos, cuya información fue extraída por JHON ANDERSON MARIN CORTES, perito informático quien entregó el respectivo informe. Anexó 2 DVD.

¹⁴ CSJ SP 931-2020, rad. 55.406 de 20 mayo 2020.

La policía judicial ELIANA CORTES, analizó el contenido del informe del perito informático y concluyó que: “*se logra evidenciar imágenes de **contenido sexual explícito** las cuales se extrajeron de los siguientes EMP y EF (...)*”.

Exhibió las imágenes y videos en juicio y coligió que en algunas fotografías se veían “**niños**” y que en un video “*se observa a un adolescente sosteniendo relaciones sexuales con una persona mayor, este adolescente tiene como rasgos de una persona asiática (...)*” “(03:12:03) *Acá en esta página 14 se puede ver más claramente el rostro del adolescente que es joven; y, se ve que la persona por la cual está siendo accedida es mucho mayor que él*”.

Ahora bien, en el marco normativo del delito tipo por el cual se procede, Artículo 218 del Código Penal, según su estructura dogmática a partir del estudio de la Corte Suprema de Justicia, son típicas siempre y cuando se realicen en «**un trasfondo de explotación sexual**», (CSJ SP, 24 octubre 2019, rad. 47.234).

Según las providencias CSJ SP, 4 de noviembre 2020, rad. 51.626 y CSJ SP 1863-2021, rad. 56.656 de 19 mayo 2021, se requiere prueba que las imágenes de contenido explícitamente sexual se obtengan o conserven en un contexto de **explotación sexual, violencia o abuso**.

Y aquí también cabe la afirmación del abogado defensor, la *fiscalía dio por probado lo que debía probar*.

La fiscalía no hizo ningún esfuerzo investigativo para determinar la explotación sexual, la explotación violenta o la explotación abusiva por parte del justiciable.

Sencillamente, como en su computador tiene video de un niño al que acceden analmente, por parte de un adulto, entonces dedujo que es responsable del delito, con lo cual incurre en una censurable **responsabilidad objetiva**, proscrita por el canon 12 del Código Penal.

16. LA DEMOSTRACIÓN DEL DOLO, LA TIPICIDAD SUBJETIVA. CONDUCTA DOLOSA (CONOCER Y QUERER). SE PROSCIBE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA O VERSARI IN RE ILLICITA

El ilícito por el cual se procede es eminentemente doloso.

El canon 22 del Código Penal, establece:

Artículo 22. **Dolo**. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Por su parte, el Art. 9° del Código Penal dice que:

Artículo 9°. **Conducta punible**. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

Finalmente, el Art. 12 *ibídem*, explica que:

Artículo 12. **Culpabilidad.** Sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva.

Como se sabe, en los regímenes jurídicos penal y civil, el fundamento de la responsabilidad es diferente.

En efecto, el fundamento de la responsabilidad delictual o cuasidelictual civil, puede ser subjetiva u objetiva.

Es subjetiva, y así también en materia penal, la que se funda en el dolo o en la culpa de una persona.

Por el contrario, es responsabilidad objetiva la que se funda en el riesgo.

La responsabilidad subjetiva supone necesariamente la culpabilidad o intencionalidad de su autor; no existe sino en la medida que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo.

Si es dolosa se requiere conocer la ilicitud del comportamiento y querer la comisión del hecho.

Por ende, necesario será analizar la conducta del sujeto agente. Por eso se le llama subjetiva.

La denominada responsabilidad objetiva *“prescinde en absoluto de la conducta del sujeto, de su culpabilidad o intencionalidad; en ella se atiende única y exclusivamente al daño producido: basta éste para que su autor sea responsable, cualquiera que haya sido su conducta, haya o no culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial, el hecho liso y llano y no el hecho culpable o doloso el que genera la responsabilidad. El que crea un riesgo, el que con su actividad o su hecho causa un daño a la persona o propiedad de otro, debe responder de él. Tal es el fundamento de la responsabilidad objetiva. Dentro de este concepto de la responsabilidad, los dementes y los infantes, serían responsables de los daños que causen./ A través de la historia, se le ha denominado responsabilidad objetiva, teoría del riesgo, teoría del riesgo creado, teoría del riesgo provecho, teoría del riesgo industrial, riesgo profesional, riesgo de la propiedad, riesgo social, etc. Las denominaciones más comunes son las tres primeras”*¹⁵.

A la caída del Imperio Romano se dio un retroceso en el concepto de culpabilidad; al surgir la responsabilidad por el resultado al aparecer al llamado concepto llamado *versari in re illicita*, según el cual habrá culpabilidad no solamente cuando existan dolo o culpa en el agente, sino también cuando hay intención de realizar

¹⁵ Se puede consultar el extracto En:
http://www.captel.com.ar/downloads/1006071952_responsabilidad_civil_responsabilidad_objetiva.pdf

algo no permitido y se produce un resultado dañoso por mero caso fortuito. Esta idea perduró hasta el inicio de la Revolución Francesa de 1789¹⁶.

Como fundamento de la responsabilidad también, históricamente, se dijo que la “*causa causae est causa causati*”, esto es, que lo que es causa de la causa es, a su vez, causa, el cual, como principio o fundamento de la imputación (responsabilidad), es insuficiente y hasta inconstitucional. Es sancionar a una persona por el resultado, sin que ese resultado le sea imputable, cuando menos, al sujeto a título de culpa. Responde entonces a esa institución del derecho penal primitivo del “*versari in re illicita*”¹⁷.

Así pues, el principio de culpabilidad, en una de sus manifestaciones, nos conduce a decir que no hay —o no debe haber— delito sin que medie culpabilidad¹⁸. El principio de que “*no hay pena sin culpa*” es una conquista del derecho penal liberal y que tiene una general aceptación en las doctrinas que reconocen esa fuente de inspiración. El *versari in re illicita* representa también, en su más depurada formulación, una violación al principio de que no hay pena sin culpa¹⁹.

Falta en el *sub lite* la demostración del dolo por parte del procesado.

Es que,

“Como ya lo ha repetido en otras ocasiones la jurisprudencia, el proceso de adecuación típica no se agota en la mera subsunción, porque dicha tarea no responde a una simple confrontación mecánica y avalorada de los hechos objetivamente vistos con el supuesto de hecho que la norma describe como delito. Estos, los hechos, o más concretamente la conducta humana, se deben valorar en toda su extensión y cotejarlos con la norma, una vez interpretada y fijado su alcance de aplicación a un caso concreto”²⁰.

El dolo entendido como el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal unido al querer o voluntad de lesionar la ley²¹, ha sido bastante explicado por la jurisprudencia; así por ejemplo, se ha dicho que se presume la *buena fe* mientras prueba en contra no la desvirtúe²², equivale al aspecto subjetivo de la infracción y debe calificarse como la *plena conciencia* que tiene el sujeto activo de que con su acción viola la ley penal²³.

Que el dolo²⁴,

“no se puede *presumir* (14 de marzo de 1961, G.J.T. XCV, No. 2238, ps. 171/2); ante su ausencia, la conducta no es punible, porque debe haber *correspondencia* absoluta entre el propósito o intención criminal -elemento subjetivo del delito- y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de la norma penal,

¹⁶ Se puede consultar el extracto En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/44/10.pdf>

¹⁷ Sobre el tema: <http://www.monografias.com/trabajos76/derecho-penal/derecho-penal4.shtml>

¹⁸ Tito E. Solari Peralta. Universidad Católica de Valparaíso. *Versari in re illicita*. Se puede consultar en: www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/14/

¹⁹ Tito E. Solari Peralta. Universidad Católica de Valparaíso. *Versari in re illicita*. Se puede consultar en: www.rderecho.equipu.cl/index.php/rderecho/article/download/14/

²⁰ CSJ SP, 15 septiembre 2004, rad. 14.128.

²¹ CSJ SP, 20 octubre 2004, rad. 21.695.

²² CSH SC, 14 diciembre 1944, M.P. Fulgencio Lequerica Vélez. G.J.T. LVIII, No. 2017, p. 576

²³ 14 de marzo de 1961, G.J.T. XCV, No. 2238, p. 171

²⁴ CSJ SP, 20 octubre 2004, rad. 21.695.

constituye el delito en su acepción general (21 de agosto de 1964, M. P. Humberto Barrera Domínguez. G.J.T. CVIII -2a. parte-, No. 2273, ps. 105/6); requiere que el autor "...mediante un acto de acción o de omisión emanado con humana libertad de su propio psiquismo, realice un hecho penalmente antijurídico con *conocimiento de su típica ilicitud*, con *conciencia de su antijuridicidad* y con voluntad de ejecutarlo" (9 de agosto de 1983, M. P. Alfonso Reyes Echandía); para que exista, el agente ha debido proceder con *conocimiento* y con *voluntad* (13 de marzo de 1985, M.P. Luis Enrique Aldana Roza. G.J.T. CLXXXI, No. 2420, p. 126); implica *conocimiento de que se está realizando un hecho punible*, y *se quiere su realización* (7 de marzo de 1989, M.P. Jaime Giraldo Angel. G.J.T. CXCIX -primer semestre-, No. 2438, ps. 151/2); para que lo haya, es menester la demostración de un estado intelectual y volitivo que, por supuesto, va más allá de la simple observación objetiva del descuido o equivocación (30 de julio del 2002, radicación 15296, M. P. Nilson Pinilla Pinilla); etc.

"Si se quisiera resumir una fórmula frente al contenido explicado del artículo 22 del Código Penal, bien podría decirse que el dolo, por su aspecto intelectual o cognoscitivo, requiere conocimiento y conciencia integral del hecho típico; del significado de los elementos del tipo y de sus circunstancias; del resultado de la conducta y de la cadena causal, así como de la antijuridicidad del comportamiento; y por su aspecto volitivo, necesita la demostración "de operaciones síquicas que orientan al hombre a decidirse en un sentido antijurídico". O, para sintetizar aún más, también se puede afirmar que la parte del dolo referida a la voluntad "se presenta cuando el agente *quiere* realizar la conducta típica y antijurídica (en relación con los tipos de mera conducta), o cuando *quiere* ejecutar la conducta y la consecuencia que de ella se deriva (respecto de los tipos de resultado) y hacia ese fin orienta su determinación"¹.

En el *sub lite*, es cierto que se encontraron imágenes y videos de objetiva demostración sexual con participación de menores en los computadores del procesado, pero de ahí no puede colegirse sin más, el delito de pornografía infantil con menores de 18 años del canon 218 del Código Penal, en la medida que se debe demostrar, aparte de la evidencia objetiva, «**un trasfondo de explotación sexual**», (CSJ SP, 24 octubre 2019, rad. 47.234) o un contexto de **explotación sexual, violencia o abuso** (CSJ SP, 4 de noviembre 2020, rad. 51.626 y CSJ SP 1863-2021, rad. 56.656 de 19 mayo 2021), aspecto que brilla por su ausencia en la investigación, y demostración, por parte de la Fiscalía General de la Nación.

17. CONCLUSIÓN

En conclusión, la fiscalía se quedó con la mera hipótesis o línea investigativa, que no desarrolló en su programa metodológico, razón por la cual se debe revocar la sentencia de condena para mutarla por una de absolución.

¹ Alfonso Reyes Echandía. *Culpabilidad*. Bogotá, Temis, 3ª edición, 1988, páginas 44 a 50.

18. SOBRE LA PRETENSIÓN DE NULIDAD

El abogado defensor invoca pretensión de nulidad, la que es innecesario analizar en frente a la decisión absolutoria adoptada por el *ad quem*, pues bien se sabe que la absolución prevalece sobre la pretensión de nulidad.

La doctrina de la Corte sostiene que la tensión que pueda llegar a presentarse entre las alternativas de declarar una nulidad por vicios que afectan exclusivamente los derechos del procesado y la de eximirlo de responsabilidad, debe resolverse a favor de la que le reporte mayor significación sustancial, que no es otra que el derecho a la absolución, como finalidad suprema perseguida por la garantía fundamental de defensa²⁵.

En la tensión entre la exclusión de responsabilidad penal y la declaratoria de nulidad por la configuración de vicios de estructura o garantía que afectan únicamente al procesado, debe adoptarse la primera opción, esto es, la absolución.

Hay prevalencia de la absolución por los delitos incluidos en la acusación, sobre la anulación del trámite por la trasgresión de las garantías del procesado²⁶.

19. DECISIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, administrando Justicia en nombre de la República y autoridad de la ley, **(i) REVOCA** la sentencia de condena proferida por el delito tipo del artículo 218 del Código Penal, por las razones expuestas; **(ii)** en su lugar **ABSUELVE** de los cargos endilgados al ciudadano FERNANDO MAURICIO RUIZ JARAMILLO, de condiciones naturales y civiles conocidas, por las razones expuestas, **(iii)** contra esta decisión procede la casación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

²⁵ CSJ SP, 10 junio 2008, rad. 28.693; CSJ SP, 17 junio 2009, rad. 27.816; CSJ SP, 5 mayo 2010, rad. 30.948; CSJ SP, 11 diciembre 2018, rad. 52.311; CSJ SP 1721-2019, rad. 49.487 de 15 mayo 2019; CSJ SP 4252-2019, rad. 53.440 de 2 octubre 2019; CSJ SP 4264-2021, rad. 55.027 de 22 septiembre 2021.

²⁶ CSJ SP, 17 abril 2013, rad. 35.127; CSJ SP, 21 octubre 2013, rad. 32.983; CSJ SP 2940-2016, rad. 41.760; CSJ SP, 8 marzo 2017, rad. 2017; CSJ SP, 22 marzo 2017, rad. 40.216; CSJ SP 3963-2017, rad. 40.216; CSJ SP, 11 diciembre 2018, rad. 52.311; CSJ SP 1704-2019, rad. 52.700 de 14 mayo 2019; CSJ SP 4252-2019, rad. 53.440 de 2 octubre 2019; CSJ AP 3226-2020, rad. 56.076 de 18 noviembre 2020; CSJ AP 2525-2020 de 30 septiembre 2020, rad. 1.669; CSJ SP 1861-2021, rad. 56.087 de 19 mayo 2021; CSJ SP 2541-2021, rad. 52.171 de 23 junio 2021; CSJ SP 1162-2022, rad. 51.750 de 6 abril 2022.

FICHA DE REGISTRO	
Radicación	11 001 60 99 091 2016 00027
Acusado	Fernando Mauricio Ruiz Jaramillo
Delito	Pornografía con menores de 18 años. (Art. 218 del CP)
Hechos	31 de julio al 2 de septiembre de 2015
Juzgado <i>a quo</i>	Octavo (8°) Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, Antioquia



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

AUSENCIA JUSTIFICADA
SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado