



**Proceso n.º 33449**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA**

Aprobado Acta No. 137

Bogotá, D. C., cinco (05) de mayo de dos mil diez (2010).

**VISTOS**

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos lógicos y de debida argumentación de la demanda de casación presentada por el defensor de ÓSCAR VELASCO RUIZ en contra del fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca, mediante el cual confirmó la pena principal de ciento treinta meses de prisión y ciento treinta y tres salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa que en virtud del acto de aceptación parcial de cargos le impuso el Juzgado Primero Penal del



Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca por la conducta punible de *pornografía con menores*.

## HECHOS Y ANTECEDENTES

1. La situación fáctica que suscitó la presente actuación fue descrita por el ad quem de la siguiente manera:

*“Dan cuenta los audios que por medio de un correo electrónico la policía recibió unas imágenes en donde aparecen dos niñas sosteniendo relaciones sexuales en el interior de un inmueble con un hombre adulto; de inmediato, los investigadores de la SIJIN de Arauca iniciaron los actos urgentes tendientes a localizar el lugar de los hechos, las víctimas y el agresor.*

*”Como resultado de los actos urgentes, mediante informe de 17 de febrero de 2009, se da a conocer el resultado de las investigaciones, en el que se pone en conocimiento del Fiscal que el inmueble en el que se ejecutó la conducta está ubicado en la manzana F casa 20 del barrio Bosque Club [del municipio de Arauca], el cual es habitado por un hombre, que es precisamente quien aparece en las fotografías, de nombre ÓSCAR VELASCO RUIZ, identificado con cédula de ciudadanía número 13’952.895 de Arauca, y en el que se suministra además el nombre de las víctimas que corresponden a dos menores de nueve y once años de edad.*

*”Entrevistadas las menores por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y contando con la presencia de un experto en psicología adscrito al mismo instituto, hacen un recuento de la forma como fueron abusadas sexualmente por un sujeto adulto que las llevaba hasta una casa ubicada en la urbanización Bosque Club de esta ciudad, donde las hacía desnudar y con la ayuda de la empleada doméstica les tomaba fotografías realizando actos sexuales con él, las cuales eran*



*guardadas en el computador y luego se las enseñaba, adicionalmente les mostraba material de video con contenido pornográfico.*

*”Con fundamento en la descripción que hacen las menores del sujeto, contenido en el informe de policía judicial, así como de los elementos materiales probatorios y la información legalmente obtenida, la Fiscalía Tercera Seccional expidió orden de registro y allanamiento a la residencia de ÓSCAR VELASCO RUIZ y solicitó en la misma fecha 18 de febrero de 2009 orden de captura ante el Juez Segundo Promiscuo Municipal de Arauca con Funciones de Control de Garantías, las cuales se hicieron efectivas el 25 de febrero de 2009.*

*”Al momento de la diligencia de registro y allanamiento, se halló en el interior del inmueble un computador portátil de propiedad del indiciado ÓSCAR VELASCO RUIZ, en cuyo interior se hallaron archivos con contenido pornográfico, en las que aparecen nuevas fotografías de las dos menores víctimas sosteniendo relaciones sexuales con él”.*

2. Debido a ello, el Fiscal Tercero Seccional, en audiencia preliminar, le imputó a ÓSCAR VELASCO RUIZ cargos por las conductas punibles de *acceso carnal abusivo con menor de catorce años* en concurso homogéneo (artículo 208 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 4 de la ley 1236 de 2008) y *actos sexuales con menor de catorce años* en concurso homogéneo (artículo 209 ibídem, modificado por el artículo 4 de la ley 1236 de 2008), ambas con las circunstancias de agravación previstas en los numerales 1 y 4 del artículo 211 del Código Penal (modificado por el artículo 7 de la ley 1236 de 2008), así como le atribuyó la realización del delito de *pornografía con menores*, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 218 de la ley 599 de 2000 (modificado por el artículo 12 de la ley 1236 de 2008).



**3.** Aceptada de manera parcial la imputación por la conducta punible de *pornografía con menores* y dispuesta la ruptura de la unidad procesal, las diligencias fueron asignadas al Juzgado Primero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Arauca, despacho que una vez le advirtió al imputado acerca de la restricción de que trata el artículo numeral 7 del artículo 199 de la ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) lo condenó a la pena principal de ciento treinta meses de prisión y ciento treinta y tres salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, así como a la accesoria de *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas* por un tiempo igual al de la sanción privativa de la libertad, y le negó tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria.

**4.** Apelada la providencia por la defensa del procesado (alegando, entre otras cosas, que se vulneró la estricta tipicidad del sistema en el acto de aceptación de cargos), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Arauca la confirmó en su integridad.

Según el ad quem, las acciones en las que incurrió el imputado, de acuerdo con los hechos materia de atribución, no podían ser otras que las de “*exhibir*” y “*fotografiar*”, máxime cuando los elementos materiales probatorios aludidos en la audiencia preliminar indican que ÓSCAR VELASCO RUIZ realizó los comportamientos que se ajustan a la descripción normativa, pues de no ser así la policía jamás se hubiera enterado de la existencia de tal conducta por medio de un correo electrónico, ni el procesado les hubiera mostrado a las menores el material pornográfico que entre ellos realizaron, ni



tampoco le hubiera tomado fotografías de tal índole a la hermana de una de las víctimas.

5. Contra el fallo de segundo grado, el defensor interpuso el recurso extraordinario de casación.

### LA DEMANDA

El recurrente planteó como único cargo la violación directa de la ley sustancial por desconocimiento de la estructura del tipo penal imputado, en la medida en que la conducta jamás comprendió alguno de los verbos rectores contenidos en el artículo 218 del Código Penal, que consagra el delito de *pornografía con menores*.

Adujo al respecto que si bien el envío de las fotos que se hallaban en el computador de su cliente suscitaron el inicio de la actuación penal, ello no era suficiente para demostrar la exhibición del material pornográfico incautado, máxime cuando pudo ser un técnico en sistemas que reparó el equipo en el mes de enero de 2009, y que además vive al frente del Comando de Policía de Arauca, la persona que filtró dicha información.

Agregó que tampoco tenía carácter de exhibición el acto de reproducir videos pornográficos en frente de las menores, tal como lo sostuvo el Tribunal, ni mucho menos el de mostrarles sus propias fotos a las víctimas, pues todo ello hace parte de la corrupción que configura el delito de *actos sexuales abusivos* (agravados) por el cual se ha venido siguiendo otra actuación en contra del procesado.

Manifestó igualmente que si en gracia de discusión se aceptara que



ÓSCAR VELASCO RUIZ le tomó fotografías a la hermana mayor de una de las menores de edad, dicha actividad no fue en todo caso objeto de imputación.

Concluyó, entonces, que ninguno de los verbos rectores que fueron tenidos en cuenta por el Tribunal para condenar al procesado (exhibir o fotografiar) se ajustaba al comportamiento por él desplegado.

En consecuencia, solicitó a la Sala casar la sentencia recurrida y, en su lugar, proferir un fallo absolutorio de reemplazo.

## **CONSIDERACIONES**

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 181 de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal vigente para este asunto, el recurso de casación es un mecanismo de control tanto constitucional como legal que procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia y que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 180 del mismo ordenamiento, tiene como propósitos lograr la efectividad del derecho material, el respeto de las garantías fundamentales, la reparación de los agravios inferidos y la unificación de la jurisprudencia.

Dada la naturaleza extraordinaria de este recurso, quien acude a la casación tiene que ceñirse a determinados requerimientos sistemáticos basados en la razón y en la lógica argumentativa, atinentes a la observancia de coherencia, precisión y claridad en el sustento de cada uno de los reparos efectuados, que debe desarrollar conforme a



las causales de procedencia previstas en el artículo 181 del estatuto procesal.

A su vez, el inciso 2º del artículo 184 de la ley 906 de 2004 señala que no será admitida la demanda de casación “*cuando de su contexto se advierta fundadamente que no se precisa del fallo para cumplir alguna de las finalidades del recurso*”, lo que puede darse cuando la Corte advierta que la controversia jurídica planteada no tiene incidencia alguna en relación con lo decidido en el caso concreto, o que podrá responder a los planteamientos del recurrente sin tener que efectuar valoraciones de fondo acerca de lo que ocurrió en la actuación.

**2.** En el asunto materia de interés, el único cargo propuesto por la defensa de ÓSCAR VELASCO RUIZ no sólo carece de fundamentos, sino que además no guarda armonía con la causal invocada. Veamos.

**2.1.** Cuando en sede de casación se formula la violación directa de la ley sustancial, tal como lo hizo el demandante en el único cargo por él planteado, la Corte ha sido enfática y reiterativa al señalar que a éste le asiste la carga procesal de demostrar que el Tribunal incurrió en un yerro en la selección o comprensión de la ley finalmente aplicada, bien sea porque no reconoció la norma llamada a regular el caso (falta de aplicación), o ajustó de manera incorrecta el supuesto fáctico a lo que contempla otra disposición (aplicación indebida), o le asignó al precepto adecuadamente elegido un sentido o efecto contrario a su contenido (interpretación errónea).

Así mismo, una censura en cualquiera de estas modalidades le



impone a quien la postula la obligación de aceptar tanto la apreciación probatoria efectuada en el fallo impugnado como la situación fáctica que se declaró probada a raíz de tal valoración.

En el presente caso, sin embargo, el defensor de ÓSCAR VELASCO RUIZ jamás precisó en qué sentido el artículo 218 del Código Penal por él citado (que consagra el tipo de *pornografía con menores*) había sido incomprendido, mal seleccionado o dejado de aplicar por el juez colegiado al momento de confirmar la providencia del a quo.

El demandante, simplemente, se circunscribió a plasmar en el escrito una postura personal contraria a la adoptada por el ad quem, que como tal se asemeja más a un alegato de instancia que a una demanda de casación, lo cual no es suficiente para controvertir la decisión impugnada, ni mucho menos para demostrar un error de mérito o de juicio, ya que, debido a la naturaleza extraordinaria de este recurso, dicha sentencia cuenta a esta altura de la actuación con una doble presunción de acierto y legalidad.

Tampoco mostró el recurrente una total aquiescencia respecto de las circunstancias fácticas que en la providencia de segunda instancia se estimaron demostradas, ni de los elementos probatorios que el ad quem utilizó en apoyo de tal postura, pues los argumentos plasmados en el escrito de demanda estuvieron orientados a convencer que el procesado de ninguna manera *exhibió* (es decir, no manifestó o mostró en público<sup>1</sup>) las imágenes pornográficas con menores que reposaban en el computador portátil de su propiedad, ni *fotografió* a

---

<sup>1</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Espasa, Madrid, 2001, tomo a/g, p. 1018.



las víctimas mientras sostenía con ellas relaciones sexuales, que fueron las acciones imputadas en la audiencia preliminar por parte del representante de la Fiscalía General de la Nación.

El Tribunal adujo que el acto de exhibición imputable se derivaba del hecho (atribuido al autor y aceptado por él –lo cual implica una confesión) de que las imágenes circulaban en la Internet por medio de correos electrónicos, circunstancia cuyo desencadenamiento, en principio, no podía ser achacado a alguien distinto al dueño del portátil<sup>2</sup>.

Adicionalmente, el ad quem precisó que la acción de exhibir también se concretaba en el hecho de que ÓSCAR VELASCO RUIZ les mostró a las víctimas el material pornográfico que entre ellos, y con la ayuda de la empleada doméstica, efectuaban<sup>3</sup>.

El recurrente, por el contrario, pretendió plantear con la presentación del escrito de demanda la posibilidad de que la divulgación del material pornográfico en el que aparecía las menores de edad había sido efectuada por otra persona (como, por ejemplo, un técnico en reparación en sistemas), situación ante la cual no sobra precisarle que, de acuerdo con la Sala<sup>4</sup>, toda impugnación dentro del trámite de allanamientos, preacuerdos y negociaciones que tienda a obtener la retractación de los hechos y cargos aceptados es, además de improcedente, violatoria del principio de lealtad procesal.

---

<sup>2</sup> Folio 43 del cuaderno de Tribunal.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> Cf., entre otros, sentencia de 20 de octubre de 2005, radicación 24026.



En cuanto al acto de fotografiar, el Tribunal trajo a colación en el fallo impugnado el contenido de la entrevista brindada por una de las víctimas, según la cual ÓSCAR VELASCO RUIZ también le tomaba fotos a una pariente menor de edad, acción que si bien es cierto no fue imputada de manera clara y precisa en la audiencia preliminar, refulge en todo caso como intrascendente, pues ello de ninguna manera incidiría respecto de la coherencia que sí es posible predicar entre la conducta efectivamente atribuida y el verbo rector de *exhibir*, ni tampoco lograría desvirtuar el hecho, atribuido sin lugar a equívocos por el organismo instructor, de que él hizo un aporte esencial para la consecución de las imágenes a la postre exhibidas, sin importar que haya sido otra persona o no la que manejó la cámara fotográfica.

Lo anterior, en virtud del principio de la imputación recíproca, de acuerdo con el cual, cuando existe una resolución común al hecho, lo que haga cada uno de los partícipes es extensible a todos los demás, sin que sea necesario que la contribución individual sea, por sí sola, constitutiva del delito<sup>5</sup>.

**2.2.** Como si lo anterior fuese poco, el demandante olvidó que la adecuación típica del delito de *pornografía con menores* de que trata el artículo 218 del Código Penal debe analizarse no sólo a la luz de los artículos 44 y 45 de la Constitución Política (según los cuales los niños “*serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos*” y “*el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral*”), sino además a las obligaciones

---

<sup>5</sup> Cf., entre otras, sentencia de 14 de octubre de 2009, radicación 26266.



que en materia internacional el Estado colombiano ha adoptado al respecto, y en especial en el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía*, adoptado en Nueva York el 25 de julio de 2000 y aprobado en nuestra legislación mediante la ley 765 de 2002, que a su vez fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-310 de 2003.

Con dicho Protocolo, se pretende “*la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda*” (preámbulo) de la pornografía infantil, entendida esta expresión como “*toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales*” (artículo 3, literal c).

Así mismo, prescribe que todo Estado Parte adoptará las medidas necesarias para que, “*como mínimo*”, los actos relacionados con la “*producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión*” de pornografía con menores de edad “*queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente*”, “*disposiciones que se aplicarán también en los casos de tentativa de cometer cualquiera de estos actos y de complicidad o participación en cualquiera de estos actos*” (artículo 3, numeral 1 literal c y numeral 2).

Lo anterior, sin que ninguna de las medidas adoptadas se entienda “*en perjuicio de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial,*



*ni será incompatible con esos derechos” (artículo 8 numeral 6).*

En el presente asunto, no sólo es obvio que ÓSCAR VELASCO RUIZ aceptó de manera libre, consciente y voluntaria la realización del delito de *pornografía con menores* mediante las modalidades de exhibir y fotografiar (razón por la cual renunció conforme al procedimiento acusatorio vigente a los derechos contemplados en los literales *b* y *k* del artículo 8 de la ley 906 de 2004, en armonía con el literal *l* *ibídem*<sup>6</sup>), sino que además es predicable la consonancia entre los hechos jurídicamente relevantes atribuidos en la audiencia preliminar y la descripción del comportamiento previsto en la norma, en atención de los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico pretende proteger.

En consecuencia, como la Sala concluye que el reproche es infundado, y como tampoco observa con ocasión del trámite procesal o de la sentencia impugnada violación de garantías fundamentales en contra de ÓSCAR VELASCO RUIZ, ni la necesidad de garantizar cualquiera de los fines de la casación mediante un pronunciamiento de fondo, no hay razón alguna para superar las falencias que ostenta la demanda y, por lo tanto, no será admitida, tal como está previsto en el artículo 184 de la ley 906 de 2004.

---

<sup>6</sup> Artículo 8-. *Defensa*. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a: / [...] *b*) No autoincriminarse [...] / *k*) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediatez de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate.



**3.** Teniendo en cuenta que contra la decisión de no admitir la demanda de casación procede el mecanismo de insistencia, según lo establece el inciso 2º del artículo 184 de la ley 906 de 2004, es necesario aclarar que, como en la disposición en comento no está regulado su trámite, la Sala ha precisado la naturaleza y reglas que habrán de observarse para su aplicación de la siguiente manera<sup>7</sup>:

**3.1.** La insistencia es un mecanismo especial, de naturaleza distinta a los actos de impugnación propiamente dichos, que sólo puede ser promovido por el demandante dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la providencia mediante la cual la Sala decide no admitir la demanda de casación.

**3.2.** La solicitud de insistencia puede elevarse ante el Ministerio Público por intermedio de cualquiera de sus Delegados para la Casación Penal, o ante uno de los Magistrados que hayan salvado voto en cuanto a la decisión mayoritaria de no admisión, o ante uno de los Magistrados que no haya intervenido en la discusión y no haya suscrito el referido auto.

**3.3.** Es facultativo del Magistrado disidente, del que no intervino en los debates o del Delegado del Ministerio Público ante quien se formula la insistencia, optar por someter el asunto a consideración de la Sala o no presentarlo para su revisión, evento último en el cual informará de ello al solicitante dentro de un plazo de quince días.

---

<sup>7</sup> Sentencia de 12 de diciembre de 2005, radicación 24322.



**3.4.** El auto mediante el cual no se admite la demanda trae como consecuencia la firmeza de la sentencia contra la cual se formuló el recurso de casación, salvo que la insistencia prospere y conduzca a la admisión del escrito.

En mérito de lo expuesto, la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,**

### **RESUELVE**

**NO ADMITIR** la demanda de casación presentada por el apoderado de ÓSCAR VELASCO RUIZ en contra del fallo de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Arauca.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184 de la ley 906 de 2004, es facultad del demandante elevar petición de insistencia en relación con lo decidido.

**Notifíquese y cúmplase.**

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS**



**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ**

**ALFREDO GÓMEZ QUINTERO**

**AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN**

**JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS**

**YESID RAMÍREZ BASTIDAS**

**JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA**

**JAVIER ZAPATA ORTIZ**

**TERESA RUIZ NÚÑEZ**

Secretaria