



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Relatoría Sala de Casación Penal

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Marzo 16 de 2018 n.º 03

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

**TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Antijuridicidad: determinación de la cantidad, no es factor concluyente

La Sala precisa la relevancia de la cantidad de droga incautada cuando la misma está destinada al consumo del farmacodependiente.

**TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elemento subjetivo tácito, intención de consumo o comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones

La Sala aclara que le corresponde a la fiscalía, establecer si la sustancia incautada está destinada a ser distribuida o a cualquier otro título.

SP497 (50512) de 24/02/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

### ANTECEDENTES

El 10 de septiembre de 2013, a las 2:32 de la tarde, cuando JFD se desplazaba por la avenida [...] de esta ciudad, fue observado por dos agentes de la policía, quienes lo requirieron para realizarle una requisita, previo a la cual, el referido ciudadano, entregó una bolsa plástica transparente, que en el interior contenía sustancia pulverulenta en 47 papeletas, que sometidas al correspondiente análisis químico arrojó un peso neto de 11.4 gramos, positivo para cocaína.

La defensa “considera violado directamente el artículo 376 del Código Penal, por indebida aplicación, y los artículos 29 y 49 (modificado por

el Acto legislativo 2 del 2009) de la Constitución Política, por falta de aplicación, toda vez que el tribunal basó la condena en la cantidad de sustancia estupefaciente incautada que supera la dosis personal máxima permitida, sin examinar la finalidad del autor para llevarla consigo, descartando de tajo que la tuviera con el fin exclusivo de aprovisionamiento para su consumo”, entrando la Sala a decidir de fondo.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo para el consumo, es conducta atípica || **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, antijuridicidad, delito de peligro abstracto (presunción legal), alcance || **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Antijuridicidad: determinación de la cantidad, no es factor concluyente || **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES** - Elementos: verbos rectores, llevar consigo, elemento subjetivo tácito, intención de consumo o comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones

«De manera reiterada la Sala se ha referido a la necesidad de examinar las circunstancias particulares en las que se desarrolla la conducta descrita en el artículo 376 del Código Penal, ante la multiplicidad de verbos alternativos a través de los cuales se alcanza su estructuración, de cara a diferenciar si el sujeto activo tiene la condición de consumidor de estupefacientes o si se enfrenta un accionar dirigido al tráfico de sustancias prohibidas.

Lo anterior por cuanto la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 1994 declaró inexecutable el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 que penalizaba las conductas dirigidas al consumo de la dosis

personal, por encontrarlo lesivo de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En esta misma línea, en la sentencia C-689 de 2002 la Corte Constitucional declaró ajustado a la Carta Política el contenido del artículo 376 de la Ley 599 de 2000, en el entendido de la necesaria distinción entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en cantidad considerada como dosis destinada al uso personal y el narcotráfico como actividad ilícita alentada por el afán de lucro, resultando incuestionable la penalización de esta última como criterio político-criminal implícito en la tipificación de las conductas punibles que le son afines.

Las anteriores decisiones de la Corte Constitucional impulsaron la evolución legislativa y jurisprudencial en relación con el tratamiento otorgado a las personas que destinan las sustancias estupefacientes, sicotrópicas o drogas sintéticas al único propósito de su consumo personal, de cara a la despenalización de su conducta.

[...]

Acciones ajenas al campo sancionatorio penal, que se explican en virtud del respeto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y a la ausencia de lesividad cuando estas se dirigen exclusivamente al consumo del adicto que porta las sustancias prohibidas en cantidad que respeta los límites de la dosis personal.

Sin embargo, precisó la Corporación, cuando el estupefaciente está destinado al consumo propio de la persona (adicto o sin dependencia) y supera ligeramente o en “cantidades insignificantes, no desproporcionadas” la dosis personal, no concurre el presupuesto de la antijuridicidad material previsto en el artículo 11 del Código Penal, en tanto no se afecta el bien jurídico de la salud pública.

Ligado a lo anterior, hasta entonces se mantuvo la recurrente idea consistente en que el porte de estupefacientes, en tanto delito de peligro abstracto, en cantidad superior a los límites de lo establecido como dosis para el uso personal alberga una presunción de antijuridicidad: iuris tantum, presunción legal que admite prueba en contrario, cuando se trata de cantidades ligeramente superiores a las previstas como dosis para uso personal; y, iuris et de iure, presunción de derecho que no permite su controversia, cuando se supera el tope de lo razonable en

relación con los límites de la dosis personal establecidos en la ley.

Sin embargo, precisando aquel concepto, la Sala definió con base en su propia jurisprudencia, que no obstante la legitimidad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, estos no pueden contener una presunción iuris et de iure y **en todos los casos admite prueba en contrario** en el proceso valorativo sobre su lesividad, llevado a cabo por el juez frente a la conducta concreta.

[...]

Con ello quedaba resuelto el problema relacionado con el peso de la sustancia que era objeto de porte, pues la cantidad deja de ser un factor determinante a efectos de establecer la lesividad de la conducta, precisándose la posibilidad de desvirtuarse en el juicio concreto de responsabilidad el carácter antijurídico presunto de las acciones de llevar consigo sustancias estupefacientes que desbordan los límites previstos legalmente para la dosis de uso personal.

[...]

Pero además, resulta de la mayor importancia la consideración hecha por la Sala en el sentido que el tipo penal del artículo 376 del Código Penal, **cuando la conducta se relaciona con el porte de estupefacientes, contiene un ingrediente subjetivo tácito**, atinente al **propósito del sujeto agente**, por lo que **la realización del tipo penal no depende en últimas de la cantidad de sustancia llevada consigo sino de la verdadera intención que se persigue a través de la acción descrita:**

[...]

En suma, la evolución del tema relacionado con el porte de estupefacientes -alusivo al verbo rector llevar consigo-, ha consolidado las siguientes tesis (CSJ SP9916-2017, 11 jul. Rad. 44997):

“a) Tratándose de delitos de peligro abstracto -el previsto en el artículo 376 del Código Penal, lo es-, si bien en el momento de creación legislativa se deja implícita una presunción de peligro, esta es legal y no de derecho, por lo que el juez debe llevar a cabo un juicio de antijuridicidad a fin de determinar si se creó un riesgo efectivo, verificable empíricamente, para el bien jurídico protegido.

b) En todos los casos, el consumidor ocasional, recreativo o adicto, no puede ser considerado como sujeto pasible del derecho penal, cuando la conducta que realiza carece de cualquier connotación afín al tráfico o distribución de sustancias estupefacientes o psicotrópicas o drogas sintéticas, con independencia de la cantidad de sustancia prohibida que se lleve consigo, pues en tales eventos no se produce un efectivo menoscabo o peligro concreto para los bienes jurídicos que pueden ser objeto de tutela por el legislador.

c) Se reconoce la existencia de un elemento subjetivo implícito en el tipo penal, relacionado con la constatación de la intención del portador de la sustancia estupefaciente, debiéndose establecer si el propósito es el uso personal o si lo es la distribución o tráfico.”

[...]

Entonces, lo que en realidad permite establecer la conformación del injusto típico es el fin propuesto de traficar o distribuir con el psicotrópico, siendo equivocado recurrir a criterios como ‘ligeramente superior a la dosis personal’.

[...]

No quiere decir lo anterior, que el peso de la sustancia portada deba menospreciarse ante su falta de idoneidad para determinar la tipicidad de la conducta punible, pues hace parte de la información objetiva recogida en el proceso y por tanto, junto con otros elementos materiales allegados en el juicio permitirán la inferencia razonable del propósito que alentaba al portador.

Por último, no sobra reiterar que la demostración del componente anímico relacionado con la finalidad, es una carga que le corresponde a la Fiscalía General de la Nación, por tratarse de una de las premisas fácticas de su teoría del caso que obviamente debe abarcar los extremos que estructuran la conducta punible descrita en el artículo 376 del Código Penal».

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA** - Corresponde desvirtuarla al Estado: carga de la prueba / **TRÁFICO FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES**- Elementos: verbos retores, llevar consigo, elemento subjetivo, intención de consumo o comercialización, demostración, Fiscalía, obligaciones / **IN DUBIO**

**PRO REO** - Cuando no se logra la certeza racional

« [...] el Tribunal declaró probado que el procesado JFD fue encontrado por la policía portando 47 papeletas de cocaína, cuyo peso neto fue de 11,4 gramos, cantidad que supera la dosis personal.

[...]

[...] concluyó el juez colegiado que la defensa del acusado no logró demostrar su condición de adicto a la cocaína, tampoco, que las sustancias incautadas tuvieran como propósito el consumo personal del procesado. Además, infirió que un habitante de calle no cuenta con los recursos económicos para comprar la cantidad de papeletas halladas en su poder.

Advierte la Sala que el Tribunal en franca contradicción con los incisos segundo y tercero del artículo 7° de la Ley 906 de 2004, y del artículo 29 de la Constitución Política, trasladó el imperativo de demostrar la ausencia de su responsabilidad penal al acusado JFD, asumiendo la equivocada postura de invertir la carga de la prueba como consecuencia de la presunción de antijuridicidad presunta en el delito de llevar consigo estupefacientes.

En ese sentido, no le correspondía al procesado probar su inocencia, por cuanto ella se presume, razón por la cual, el órgano persecutor de la acción penal debía establecer, además del peso de la sustancia incautada, si esta estaba destinada a ser distribuida a cualquier título, con miras a desvirtuar lo señalado por JFD al momento de su captura.

[...]

De manera que le asiste razón al demandante al reprochar la interpretación errónea que hizo el tribunal del artículo 376 del Código Penal, teniendo como estructurado el tipo penal allí descrito, sólo con el aspecto objetivo de haberse incautado a JFD sustancia estupefaciente en cantidad que supera la dosis personal.

Desconoció el tribunal que la fiscalía nunca tuvo dentro de sus hipótesis probar que la sustancia incautada estaba destinada a un fin diferente al del consumo; ni siquiera en la audiencia de imputación aludió a este aspecto subjetivo de la tipicidad de la conducta, tampoco lo hizo en la acusación. De ese modo, las pruebas practicadas en el juicio solo permitieron conocer y verificar,

como se prometió en la teoría del caso, que el procesado, habitante de la calle, llevaba consigo 47 papeletas de una sustancia que arrojó resultado positivo para cocaína en cantidad de 11.4 gramos.

Así, la teoría del caso del ente acusador estaba destinada al fracaso por no abordar cada uno de los elementos estructurales de la hipótesis fáctica.

[...]

Develados los errores en la decisión confutada, tiene que declararse que no se alcanzó el estándar de convencimiento para condenar, consistente en el conocimiento más allá de duda razonable, consagrado en la Ley 906 de 2004 (artículos 7° y 381), en razón a que debe concluirse que existe duda fundada acerca de la tipicidad de la conducta imputada al acusado».

---

**LEGÍTIMA DEFENSA** - Duda probatoria sobre la configuración de esta: debe resolverse a favor del procesado

La Sala analiza las circunstancias en que puede configurarse la figura eximente de responsabilidad, y cuando hay lugar a declararla por duda en su reconocimiento.

SP291 (48609) de 21/02/18

M. P. Fernando Alberto Castro Caballero

### ANTECEDENTES

“En la madrugada del 12 de enero de 2015 WFCC irrumpió en el inmueble [...], tras realizar varios disparos con arma de fuego hacia el interior de la vivienda y romper el vidrio de la puerta, ingresó violentamente, arremetiendo contra su excompañera marital MII, con quien discutió airadamente.

Ante la agresividad de WFC, intervino HHAR pidiéndole que se calmara, pero el agresor no cesó en su ofensiva sacando de la casa a MI, quien lo había despojado del arma de fuego. En esa forma los dos hombres quedaron dentro del inmueble, CC dotado de un arma corto punzante, con la que arremetió contra HHA, al que, por demás, reiteradamente venía amenazando de muerte debido a la relación amorosa que sostenía con su ex pareja; fue así como los mencionados se trenzaron en un combate, en medio del cual AR recibió una grave herida en la región subclavicular izquierda con trayectoria al tórax, que seccionó completamente la vena subclavia y

le ocasionó incapacidad médico legal definitiva de 60 días, con deformidad física de carácter permanente, en tanto que CC presentaba siete heridas, produciéndose su fallecimiento por shock hemorrágico que provocó exanguinación.”

HHAR fue condenado en instancias como responsable de la conducta de homicidio doloso, la Sala estudia la demanda que aboga por el reconocimiento de la legítima defensa y consecuente absolución.

### TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**LEGÍTIMA DEFENSA** - Diferencia con la riña: no es lo mismo aceptar o buscar el combate que repelerlo

« [...] como quiera que, no obstante la situación dudosa que se plantea en la sentencia, los juzgadores hicieron referencia a que las heridas de HHAR y WFCC, se las ocasionaron mutuamente en un escenario de riña recíproca, en este espacio es apropiado citar la jurisprudencia sobre el tema, CSJ SP, 26 jun. 2002, rad. 11679, en la cual la Corte ha precisado que:

(...) “*el fenómeno de la riña implica la existencia de un combate en el cual los contendientes, situados al margen de la ley, buscan causarse daño a través de mutuas agresiones físicas*”. (Sent. Cas. dic. 16/99. M.P. Mejía Escobar. Rad. 11.099).

*Esto no significa, desde luego, afirmar que en la comisión de los delitos de homicidio y lesiones personales no haya agresión, pues de otra manera no podría entenderse la forma en que se*

*produce la afectación al bien jurídico de la vida o la integridad personal. Lo que en realidad diferencia la riña de la legítima defensa, no es la existencia de actividad agresiva recíproca, ya que, es de obviedad entender, ésta se da en ambas situaciones, sino además la subjetividad con que actúan los intervinientes en el hecho, que en un caso, el de la riña, corresponde a la mutua voluntariedad de los contendientes de causarse daño, y en el otro, el de la legítima defensa, obedece a la necesidad individual de defenderse de una agresión ajena, injusta, actual o inminente, es decir, no propiciada voluntariamente.*

*De ahí que la Corte de antiguo tenga establecida dicha diferenciación precisamente en el pronunciamiento que la delegada evoca en su concepto, la cual se conserva vigente a pesar de la realidad jurídica actual:*

*“...es obvio que una cosa es aceptar una pelea o buscar la ocasión de que se desarrolle y otra muy distinta estar apercebido para el caso en que la agresión se presente. Con lo primero pierde la defensa una característica esencial para su legitimidad, como es la inminencia o lo inevitable del ataque; pero ningún precepto de moral o de derecho prohíbe estar listo para la propia tutela, es más, elemental prudencia aconseja a quien teme peligros, precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos.*

*...La riña es un combate entre dos personas, un cambio recíproco de golpes efectuado con el propósito de causarse daño...*

*En cambio, la legítima defensa, aunque implica también pelea, combate, uno de los contrincantes lucha por su derecho únicamente...”. (Sentencia de casación de junio 11 de 1946. M. P. Dr. AGUSTIN GOMEZ PRADA).*

[...]

Como resulta claro, en el asunto bajo examen los testigos no se refirieron a que el procesado se hubiera dispuesto a aceptar el desafío del otro, o a provocarlo o a combatirlo; por el contrario, lo que se expresa es que permaneció con ellos en la habitación aún después de que WC rompiera el vidrio de la puerta e irrumpiera en la casa, incluso al inicio de la discusión entre éste y M, y que solo cuando ese alegato se intensificó salió a pedirle que hablaran, que arreglaran “por la buena”.

[...]

Con base en lo reseñado, no se encuentra en los relatos de los testigos la descripción de situaciones referentes al inicio y la permanencia en un estado de riña, entendido como el asentimiento o la adhesión voluntaria en una contienda con el fin de hacerse mutuamente daño, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, o que la representación de lo observado previamente y lo escuchado con posterioridad, implicara la correspondencia de esa realidad con un desafío recíproco o avivado por un contendiente y aceptado por el otro».

**DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN** - Silencio: valoración probatoria || **INDICIO** - Hecho indicador: silencio, no necesariamente es indicio de responsabilidad penal || **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Fiscalía: carga de la prueba

« [...] la Sala observa cómo se ha criticado veladamente por los juzgadores que el acusado, acogido al derecho a guardar silencio, privara de respaldo la hipótesis de la legítima defensa alegada por su apoderado. Sin que se ignore que la prerrogativa al amparo de la cual el procesado no declaró en su propio juicio, impidió confirmar o desmentir la forma en la cual se desarrolló el enfrentamiento físico con WC, la Corte no puede patrocinar que frente al ejercicio de ese privilegio, se configure un vacío probatorio sobre la existencia de la legítima defensa, cuya consecuencia legal haya de ser la declaratoria de responsabilidad, soslayando que quien tiene siempre la carga de probar la conducta típica, antijurídica, culpable y la responsabilidad del inculcado, derrumbando, más allá de toda duda, la presunción de inocencia, es el Estado, en cabeza de la Fiscalía, salvo la excepcional aplicación de la carga dinámica de la prueba, que en todo caso no favorece pretensiones inadmisibles de imponer al acusado el gravamen de probar que no es responsable penalmente»

**IN DUBIO PRO REO** - Cuando no se logra la certeza racional || **LEGÍTIMA DEFENSA** - Declaración de inocencia por su reconocimiento: diferente a la declarada por duda probatoria || **LEGÍTIMA DEFENSA** - Provocador || **IN DUBIO PRO REO** - Duda probatoria sobre la configuración de la legítima defensa: debe resolverse a favor del procesado

« [...] el análisis de la sentencia impugnada, pone de manifiesto el predominio en los razonamientos de los juzgadores de los motivos de incertidumbre en torno de los hechos que se presentaron en el momento preciso en que WCC resultó mortalmente herido y HHÁR padeció una grave lesión, porque ninguna de las otras personas que se encontraba en el sitio observó cómo se desarrolló la pelea.

No obstante esa perplejidad que evidencian, a la cual se intentó dar claridad con lo que escucharon AB y EA mientras los adversarios peleaban, se determina, además, que no se logró establecer cuál de los dos modificó las condiciones supuestamente equivalentes del ataque recíproco, ante lo cual el Tribunal concluyó que no hay certeza sobre los presupuestos de la legítima defensa; en consecuencia, que por haberse probado cómo los dos hombres eran los únicos combatientes y que uno de ellos resultó muerto, con siete heridas por arma corto punzante, el procesado debía ser declarado penalmente responsable del delito de homicidio.

[...]

[...] el silencio del procesado o la inexistencia de prueba testimonial que describiera en detalle cómo se presentó la agresión cuando los enfrentados quedaron a solas en la sala de la casa, en lo que subyace el reconocimiento por parte del Tribunal de duda probatoria, no admitía trasladarla como una carga que tuviera que asumir el inculpado, con la consecuente declaratoria de su responsabilidad, pues no ignoró el ad quem que de acuerdo con lo afirmado por MI, a su forzada expulsión de la casa por parte de WC precedió la irrupción abrupta y arrebatada del mismo, que de inmediato cerró la puerta, provisto de un cuchillo, para quedarse adentro con el acusado.

En refuerzo de lo dicho, que conduce a afirmar cómo la Fiscalía no consiguió llevar al convencimiento más allá de duda razonable sobre la responsabilidad penal del acusado en la muerte de WFCC, así como la alta probabilidad de la hipótesis propuesta por el apoderado de HHÁR, sobre la existencia de la legítima defensa, la Sala recalca los aspectos probatorios de mayor relevancia.

Antes, se deja advertido que no hay lugar a equiparar la duda probatoria, con una declaración de inocencia por haberse acreditado

que el inculpado actuó en legítima defensa de su derecho a la vida, conclusión esta última a la cual ciertamente no puede arribarse en este caso, sin ignorar que todos los antecedentes y la situación concomitante hace factible la hipótesis de concurrencia de esa causal de ausencia de responsabilidad.

[...]

En efecto, como se ha evidenciado, si bien los sucesos tuvieron curso en diferentes sitios del inmueble, no hubo intervalos, fueron progresivos, comenzando con los disparos por arma de fuego que WCC hizo desde la calle a la casa, pasando por la ruptura del vidrio de la puerta para irrumpir arbitrariamente al interior de la vivienda donde se encontraban su ex pareja y el novio de ésta, a lo cual siguió la discusión furiosa con MI que motivó la intervención conciliadora de HHÁ; subsiguientemente, de manera insidiosa el invasor cerró la puerta y consiguió quedarse a solas en la sala con el procesado, equipado con un cuchillo, según se admite como cierto también por los juzgadores, sin que se presentara solución de continuidad en toda esa sucesión de eventos propiciados por el mencionado WFC, en medio del cual terminó ocasionándole una grave lesión al acusado, quien lo hirió mortalmente.

[...]

[...] la Sala advierte que de las pruebas no se consigue establecer que en la pelea el posteriormente fallecido embistiera con el arma una sola vez al acusado, es decir, que antes de asestarle la herida no lo haya atacado. Es así como el Tribunal reconoce que la contienda no fue fugaz, por tanto, no es claro que se presentara un acto único de agresión por parte de WC, que pudiera haber sido contrarrestado inmediatamente con una sola acción de defensa por HÁ; en esa medida, que al haberle ocasionado éste siete heridas a su adversario, se pudiera concluir, sin motivo de duda, que por ser única la grave lesión causada al implicado, éste no afrontó la necesidad de repeler repetidamente a su adversario.

[...]

En consecuencia, para la Corte, más allá de los reproches formulados por el defensor del procesado respecto de la apreciación de las pruebas, que a su juicio condujeron a desestimar equivocadamente la legítima defensa, si bien del análisis conjunto e integral de los medios

probatorios se evidencia que prevalece la duda razonable sobre la responsabilidad penal, pues resulta factible que el acusado hubiera actuado al amparo de la legítima defensa, lo que resulta verdaderamente relevante es cómo en los fundamentos de la sentencia impugnada, a pesar de manifestarse la existencia de pasajes oscuros acerca de la forma como resultaron lesionados los contendientes, los cuales pretendieron clarificarse con las declaraciones de AB y EA, sin conseguir que así fuera, a esos estructurales motivos de duda probatoria no se les dio la solución que correspondía. Por consiguiente, el efecto de la incertidumbre no se reflejó, como lo dispone la ley, en una sentencia absolutoria, por virtud del principio de in dubio reo.

Fue así como desconociendo este postulado, el Tribunal ratificó la condena contra HHÁR, como autor penalmente responsable del delito de homicidio, incurriendo en violación directa del artículo 7° del Código de Procedimiento Penal [...].

[...]

En efecto, la Sala ha señalado de manera reiterada, que la falta de aplicación del principio in dubio pro reo como motivo de casación puede presentarse por la violación directa de la ley sustancial, cuando el juzgador, pese a admitir una situación de duda probatoria no le hace producir el efecto que legalmente corresponde, sino que, como en este caso, condena al procesado; o, por infracción mediata de la norma sustancial, por virtud de manifiestos errores en la apreciación de los medios probatorios.

En esas condiciones, se debe casar la sentencia condenatoria impugnada y dictar la de remplazo, absolviendo al procesado por el delito de homicidio doloso, en aplicación del principio de in dubio pro reo, ante la existencia de duda insalvable sobre la concurrencia o no de la circunstancia prevista en el artículo 32, numeral 6°, del Código Penal».

---

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: competencia de la Corte Suprema de Justicia, sujeto con fuero legal o constitucional

La Sala analiza la competencia para adelantar procesos contra Ex - Magistrados de Altas Corporaciones cuando las conductas imputadas no guardan relación con el cargo.

AP725 (52149) de 21/02/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

#### **ANTECEDENTES**

La Sala define la impugnación de competencia formulada por el defensor del doctor FJRG, dentro del proceso que se adelanta contra aquél, en el Juzgado [...], por los delitos de concierto para delinquir, cohecho propio, tráfico de influencias de particular y utilización indebida de información privilegiada.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Definición de competencia: competencia de la Corte Suprema, sujeto con fuero legal o constitucional || **COMPETENCIA** - Factor personal || **FUERO** - La competencia de la Corte Suprema deriva del fuero que contiene el cargo

« [...] el art. 341 ídem preceptúa que la impugnación de competencia, promovida por las partes en la audiencia de formulación de acusación, ha de ser resuelta por el superior jerárquico del juez de conocimiento. Ello, en línea de principio, permitiría pensar que el llamado a fijar la competencia sería el Tribunal Superior de Bogotá, por ser el inmediato superior funcional del Juzgado [...] (arts. 54 y 34-5 ídem). Empero, en el asunto bajo examen, dada la naturaleza de la controversia sobre competencia -fundada en el factor *ratione personae*-, la determinación del superior jerárquico facultado legalmente para ello requiere de una lectura sistemática y teleológica de la norma, con integración de preceptos constitucionales y legales atinentes a la estructura misma de la jurisdicción ordinaria y la institución del fuero penal.

En aspectos estructurales, la condición de superior jerárquico de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en relación con un juez de circuito, es innegable. Es esta corporación la que, a voces del art. 234 de la Constitución, funge como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en asuntos penales, estando a la cabeza de la jerarquía prevista en el art. 31 de la Ley 906 de 2004.

Ahora, si bien dentro de esa organización piramidal existen unos niveles de competencia funcional, que escalonadamente determinan la intervención de las diferentes autoridades jurisdiccionales en un determinado orden -jueces municipales, de circuito, tribunales y Corte-, generalmente bajo la lógica de supervisión y control por la vía del derecho de impugnación y los recursos, no es menos cierto que hay factores de competencia, como el personal -que da lugar a la institución del fuero-, que debido a su especialidad y excepcionalidad pueden dar lugar a que el conocimiento de los asuntos donde se ven involucradas determinadas personas -aforados- sean de exclusivo y privativo conocimiento de específicas autoridades judiciales.

Sin entrar a profundizar los factores orgánicos, funcionales e ius fundamentales tomados en consideración por el Constituyente para revestir de fuero penal a determinados servidores públicos (arts. 174 y 235-2 de la Constitución), es claro que la definición de la suerte judicial que, en ese ámbito, corresponde a funcionarios aforados por parte de la Corte Suprema de Justicia -su juez natural, agotado el trámite jurisdiccional previo ante el Congreso de la República-, es una garantía a favor de aquéllos.

De ahí que, si lo que se discute es si el acusado tiene o no la condición de aforado con base en el art. 174 de la Constitución, con miras a establecer su juez natural y el procedimiento a aplicar, no sean los tribunales superiores de distrito judicial los facultados constitucional y legalmente para decidir sobre la competencia impugnada al juez de circuito. En un tal supuesto, el superior jerárquico con competencia para resolver lo pertinente es la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dado que los tribunales no están habilitados para tramitar procesos penales en contra de los funcionarios que ostentan el referido fuero. Si la Corte es la única facultada para juzgarlos penalmente -luego

de agotados los trámites previos de rigor- a fortiori ha de ser la que con exclusividad define si el acusado goza o no de fuero.

Y ello implica, entonces, entender que, al asumir la definición de competencia en ese puntual escenario, el objeto del debate es determinar si, efectivamente, hay lugar o no a la aplicación del fuero. Esa ha de ser la comprensión que debe dársele al art. 32-4 de la Ley 906 de 2004, en conexión con el art. 341 ídem, sin que el resolver la definición de competencia por la Corte comporte contradicción alguna, pues ello no implica aceptar automáticamente que hay un aforado, sino verificar si en verdad hay una circunstancia que modifique la competencia del juez de conocimiento, en razón de las calidades de la persona acusada».

**FUERO** - Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura: fuero personal || **FUERO CONSTITUCIONAL** - En razón del cargo y/o por conductas ejecutadas en relación con sus funciones || **FUERO** - Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones || **FUERO** - Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura: funciones administrativas, diferente a funciones de administrar justicia

«Al tenor del art. 174 de la Constitución, corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra -entre otros funcionarios- los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. Allí claramente se instituye un fuero que asigna la competencia jurisdiccional al Congreso de la República, en dos circunstancias diferenciables: la primera, el llamado fuero personal, que cobija al aforado en tanto esté vinculado al cargo; la segunda, concerniente a la prolongación del fuero cuando los funcionarios hubieren cesado en el ejercicio de su cargo. En esta última eventualidad, la protección foral se mantendrá -aclara la norma- siempre y cuando se trate de hechos u omisiones ocurridos en el desempeño del cargo.

[...]

Al delimitarse el fuero de quien ha cesado en el ejercicio de la función pública a conductas cometidas en el desempeño del cargo, la existencia de la protección foral no se justifica en

el prestigio o la dignidad de los funcionarios. Desde la cláusula de Estado social y democrático de derecho, expresión sintética del cometido de intervención estatal en la configuración de las relaciones sociales y de respeto a las garantías individuales, la función pública y sus servidores dejan de ser entes externos protegibles per se, para ser amparados en su aspecto funcional, es decir, en calidad de instrumentos prestacionales destinados a la satisfacción de intereses de los ciudadanos y elementos pensados para materializar los fines estatales que, en últimas, sólo encuentran justificación en la satisfacción de los intereses de los individuos.

De ahí que el fuero constitucional en mención, cuando el funcionario ha cesado en el ejercicio de su cargo, opere únicamente en el evento en que, en el desempeño de sus funciones, aquél desbordó los límites que el ordenamiento jurídico le imponía y, con el ejercicio ilícito de sus competencias, afectó bienes jurídicos de relevancia penal. Entender que el servidor es aforado por el simple hecho de haber ostentado el cargo, sin que la actividad delictiva que se le atribuye haya tenido que ver con el ejercicio de su función, no sólo implica una interpretación contra legem del art. 174 de la Constitución, sino que en nada es compatible con la teleología que rige el ejercicio de la función pública, en tanto instrumento de consecución de las finalidades esenciales del Estado.

[...]

La relación del delito con la función pública, de acuerdo con la jurisprudencia (CSJ AP 1° sep. 2009, rad. 31.653), tiene lugar cuando se realiza por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo.

Pues bien, a la luz de las anteriores premisas normativas, para la Corte es claro que el procesado doctor RG no ostenta la condición de aforado constitucional por el simple hecho de haber sido magistrado del Consejo Superior de la Judicatura entre noviembre de 2012 y noviembre de 2014, como lo alega el defensor. Como se verá, pese a que el tiempo en el que aquél ejerció dicho cargo coincide con el marco temporal de algunos supuestos de hecho integrantes de la imputación fáctica, la hipótesis delictiva muestra que las conductas punibles que se le endilgan de ninguna manera ocurrieron en ejercicio de sus

funciones constitucionales y legales, en desempeño de su cargo como magistrado de esa corporación, con ocasión del mismo ni por causa del servicio público, al tiempo que otras acaecieron cuando el acusado no fungía como magistrado de ninguna corporación judicial.

[...]

En su condición de magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, al acusado le correspondía desempeñar funciones de administración. En el art. 85 de la Ley 270 de 1996 no se advierte ninguna función jurisdiccional en materia penal -ámbito jurisdiccional en el que, según la acusación, habrían acaecido los actos de corrupción- que permita predicar que lo cobija un fuero por el desempeño del cargo de magistrado de un órgano administrativo de la Rama Judicial. Por ende, es también descartable que los comportamientos objeto de reproche -dirigidos finalmente a obtener decisiones judiciales ilícitas y a perturbar el correcto funcionamiento de la justicia penal- pudieran ser desplegados por causa del servicio o con ocasión del mismo, como quiera que, en tanto administrador de la rama judicial, el acusado carecía por completo de poder jurisdiccional en estricto sentido.

De ahí que las conductas punibles que requieren de un sujeto activo calificado -cohecho propio y utilización indebida de información oficial privilegiada- le hubieran sido atribuidas en calidad de interviniente, por cuanto de ninguna manera estaba facultado legalmente para investigar ni juzgar penalmente a funcionarios aforados. Esta competencia sólo radicaba en servidores de la Fiscalía y de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Además, es innegable que los delitos de concierto para delinquir -contra la seguridad pública- y tráfico de influencias de particular, escapan de entrada al ejercicio de la función que se le asignó constitucional y legalmente, reitérase, la de administrar la Rama Judicial, algo sustancialmente distinto a administrar justicia.

[...]

De suerte que el competente para juzgar al exmagistrado FJRG no es la Corte Suprema de Justicia, sino un juez penal del circuito (art. 36-2 de la Ley 906 de 2004).

---

**FUERO** - Aforados constitucionales: competencia de la Sala de Casación Penal, Acto Legislativo 01 de 2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las Salas Especializadas de Instrucción y Juzgamiento de Aforados

La Sala mayoritaria confirma su competencia tanto para conocer como para fallar los procesos de aforados constitucionales y legales. Además analiza los elementos de los delitos de concierto para delinquir, prevaricato por acción y peculado por apropiación.

SP364 (51142) de 21/02/18

M. P. Patricia Salazar Cuéllar

#### **ANTECEDENTES**

«Entre el 25 de febrero de 2010 y el 24 de junio de 2011, cerca de 542 trabajadores de Ecopetrol, a través de los abogados JLHO, JTMQ e ILV, entre otros apoderados, presentaron ante los Juzgados Laborales del Circuito de [...] 20 acciones de tutela, en las que solicitaban alguna de las siguientes pretensiones: (i) tener como factor salarial un “incentivo al ahorro” y en consecuencia, reliquidar el monto de la pensión y pagar retroactivamente los valores dejados de percibir, no obstante que voluntariamente habían aceptado dicha restricción; (ii) reconocer y pagar pensiones dentro del régimen del “plan 70”, pese a que no cumplían con los requisitos exigidos en la convención colectiva y (iii) el reintegro, ficto o real a la empresa, luego de haber sido desvinculados debido al reconocimiento de una pensión gracia o despedidos por la declaratoria de ilegalidad de una huelga en el año 2004, más el pago de indemnizaciones. En una de las demandas, además, se solicitó la indemnización de perjuicios en abstracto”.

Los Magistrados FCC y FMGR, en 20 fallos aprobados en Sala dual o mayoritaria, sin excepción accedieron a las pretensiones de los actores, ya fuese al revocar, confirmar o adicionar la sentencia recurrida, según el caso.

La Sala, una vez aceptados los cargos, entra a decidir de fondo sobre la responsabilidad de los procesados con fuero y la competencia de la Corporación para conocer y fallar este asunto.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**FUERO** - Aforados constitucionales: competencia de la Sala de Casación Penal, acto legislativo 01 de 2018, se mantiene mientras entran en funcionamiento las Salas Especializadas de Instrucción y Juzgamiento de Aforados || **FUERO** - Magistrado de Tribunal Superior de Distrito: competencia de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento || **FUERO** - Magistrado de Tribunal Superior de Distrito: cesación en el ejercicio del cargo, análisis de la relación con las funciones

«El Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018 modificó los artículos 186, 234 y 235 de la Constitución Nacional y creó, al interior de la Corte Suprema de Justicia y con funciones limitadas, Salas Especiales de Instrucción y Juzgamiento para aforados, encargándole a la Sala de Casación Penal la resolución de los recursos de apelación que se interpongan contra las decisiones de la Sala Especial de Juzgamiento de primera instancia.

Aunque se trata de un acto legislativo expedido por el Congreso de la República y promulgado en debida forma, de lo que se deduce su validez, ante la ausencia de una regla de transición en esa reforma Constitucional, no es posible aseverar que por su sola entrada en vigencia se haya presentado el decaimiento automático de las competencias que ha venido ejerciendo la Sala de Casación Penal y de las cuales la sustrae el Acto Legislativo, dígame investigar, acusar y juzgar en única instancia a los funcionarios a los que la Constitución Política otorgó ese privilegio.

Ello por cuanto los órganos a los cuales se traslada la competencia para instruir y juzgar en primera instancia a los aforados constitucionales no son preexistentes al mencionado Acto Legislativo (en cuyo caso, a falta de norma de transición, las Salas Especiales habrían

absorbido de inmediato esas funciones desde su promulgación), sino que éste los crea y por ende, no resulta viable pretender en esos casos la parálisis de la función de administrar justicia, mientras los respectivos poderes públicos implementan esos nuevos organismos, con los trámites constitucionales y legales que ello conlleva.

En este orden de ideas, es indudable que la Sala de Casación Penal conserva las competencias que ha venido cumpliendo, hasta tanto entren en funcionamiento las Salas Especiales, momento en el cual pasarán a los nuevos dignatarios, una vez se posesionen de sus cargos ante el Presidente de la República.

Así las cosas, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es competente para proferir sentencia dentro del proceso adelantado contra FCC y FMGR, de conformidad con los artículos 235-4 de la Carta Política, y 32-6 de la Ley 906 de 2004, por cuanto los delitos atribuidos se hallan estrechamente vinculados al ejercicio del cargo desempeñado como Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, condición que ostentaban los acusados para la época en que los hechos investigados tuvieron su ocurrencia, al haber suscrito en dicha calidad los fallos de tutela objeto de acusación, como se desprende de las copias de cada una de las respectivas decisiones».

**CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Concepto ||  
**CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Elementos ||  
**CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Bien jurídico tutelado

«El delito de concierto para delinquir tiene lugar cuando varias personas se asocian con el propósito de cometer delitos indeterminados, ya sean homogéneos, como cuando se planea la comisión de una misma especie de punibles, o bien heterogéneos, caso en el cual se acuerda la realización de ilícitos que lesionan diversos bienes jurídicos; desde luego, su finalidad trasciende el simple acuerdo para la comisión de uno o varios delitos específicos y determinados, en cuanto se trata de la organización de dichas personas en una sociedad sceleris, con vocación de permanencia en el tiempo.

Es suficiente para la configuración del tipo penal que la persona haya pertenecido o formado parte de la empresa criminal, sin importar el momento

en que se produjo su adhesión a la organización, sea al momento de su creación o mediante el asocio con posterioridad, y tampoco interesan los roles que desempeña dentro de la misma.

En suma, el delito de concierto para delinquir requiere en primer lugar un acuerdo de voluntades entre varias personas; segundo, una organización que tenga como propósito la comisión de delitos indeterminados, aunque pueden ser determinables en su especie; tercero, la vocación de permanencia y durabilidad de la empresa acordada; y cuarto, que la expectativa de realización de las actividades propuestas permita suponer fundadamente que se pone en peligro la seguridad pública (CSJ SP, Jul 15 2008, Rad. 28362).

[...]

[...] de las evidencias legalmente recolectadas por la Fiscalía se advierte que los exmagistrados FCC y FMGR incurrieron en la conducta punible de concierto para delinquir, no solo al ejecutar los “delitos fin” para los que se concertaron (concurso de peculados por apropiación en favor de terceros), sino también al realizar los “delitos medio” para alcanzar el referido objetivo (prevaricato por acción, en concurso).

Finalmente, frente a la lesividad de estas conductas, basta con afirmar que un ilegal acuerdo de voluntades como el descrito en los anteriores párrafos, sin duda, genera un peligro efectivo para la seguridad pública, con mayor razón si se tiene en cuenta que los delitos incluidos en el convenio criminal lograron materializarse en 40 ocasiones, lo que dio lugar a la afectación de la administración pública, en especial el patrimonio estatal».

**PREVARICATO POR ACCIÓN** - Elementos:  
elemento normativo (decisión manifiestamente contraria a la ley), explicación

«El tipo objetivo contiene un sujeto activo calificado (“servidor público”), un verbo rector (“proferir”) y los ingredientes normativos: “dictamen, resolución o concepto”, por un lado, y “manifiestamente contrario a la ley”, por el otro.

Respecto del ingrediente normativo referido a la contradicción manifiesta de la decisión con la ley, esta Corporación ha sostenido que dicho presupuesto se configura cuando la argumentación jurídica arroja conclusiones

abiertamente opuestas a lo que muestran las pruebas o al derecho bajo el cual debe resolverse el asunto. Sobre el particular, señaló la Corte en providencia de CSJ SP, 20 Ene 2016, Rad 46806, lo siguiente:

*“En torno a la contrariedad manifiesta de una decisión con la ley, la Corte en sentencia proferida el 13 de agosto de 2003, radicado 19303, consideró:*

*Esta última expresión, constituye un elemento normativo del tipo penal al cual la jurisprudencia de la Corte se ha referido en forma amplia para concluir, que para que la actuación pueda ser considerada como prevaricadora, debe ser “ostensible y manifiestamente ilegal,” es decir, “violentar de manera inequívoca el texto y el sentido de la norma”, dependiendo siempre de su grado de complejidad, pues resulta comprensible que del grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación dependerá la valoración de lo manifiestamente ilegal, de allí que, ciertamente, no puedan ser tenidas como prevaricadoras, todas aquellas decisiones que se tilden de desacertadas, cuando quiera que estén fundadas “en un concienzudo examen del material probatorio y en el análisis jurídico de las normas aplicables al caso.*

*Se concluye, entonces, que para que el acto, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho, de la mera arbitrariedad, como cuando se advierte por la carencia de sustento fáctico y jurídico, el desconocimiento burdo y mal intencionado del marco normativo”.*

**PECULADO POR APROPIACIÓN** - En favor de terceros || **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Elementos

«Para la configuración del delito en mención, es necesario que concurra en el agente la calidad de servidor público, que tenga la potestad, material o jurídica, de administración, tenencia o custodia de los bienes en razón de las funciones que desempeña y finalmente, que el acto de apropiación sea en provecho propio o a favor de un tercero, lo que lesiona el bien jurídico de la administración pública, en tanto representa un detrimento injustificado del patrimonio estatal.

En este caso, la adecuación típica del delito de peculado por apropiación a favor de terceros en su aspecto objetivo surge en razón a que en su condición de Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de [...], FCC y FMGR dispusieron jurídicamente del patrimonio de Ecopetrol, empresa de economía mixta del orden nacional, al proferir 20 fallos de tutela dirigidos a que 542 trabajadores y exempleados de dicha empresa se apropiaran del dinero producto de las órdenes de pago impartidas a la compañía petrolera.

[...]

En esas condiciones, se advierte que la competencia funcional de la Sala Laboral del Tribunal Superior de [...] en sede de tutela, al avocar el conocimiento de los procesos, le confirió a los acusados la disponibilidad jurídica del dinero de Ecopetrol que los actores pretendían les fuera pagado a través de las demandas constitucionales, de manera que la apropiación de tales bienes a favor de terceros, se produjo por razón de las funciones oficiales que cumplían los procesados. Así, al concurrir todos los ingredientes objetivos del tipo penal, se debe concluir que la extracción de dineros de la empresa estatal estructuró el delito de peculado por apropiación.

Ahora bien, los fallos de tutela contrarios a la ley y a la pacífica jurisprudencia constitucional, fueron proferidos por los acusados con pleno conocimiento de su ilicitud y con la voluntad de actuar contrario a derecho, con el fin esquilmar las arcas de Ecopetrol, pues la argumentación falaz contenida en las sentencias claramente se dirigía a justificar las órdenes de pago a favor de los accionantes, por un valor cercano a los \$109.472.162.193».

**SALVAMENTOS DE VOTO:** los siguientes Honorables Magistrados salvaron parcial o totalmente su voto, entre otros, sobre los siguientes aspectos:

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER,**  
**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO:**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: competencia y estructura, acto legislativo 01 de 2018

«De manera respetuosa, me permito exponer las razones que me determinaron a salvar parcialmente el voto respecto de la decisión adoptada por la Sala en el proceso de la referencia, en lo que atañe a la decisión mayoritaria de inaplicar el Acto Legislativo No. 01 de 18 de enero de 2018 en lo relativo a resolver este asunto por la vía de la primera instancia y negar, además, la doble instancia (apelación) contra la sentencia condenatoria proferida.

[...]

Los aforados constitucionales, por regla general, se investigan y juzgan por el procedimiento previsto en la Ley 906 de 2004, a excepción de los Congresistas y los funcionarios sometidos a la competencia de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, quienes son investigados y juzgados por el trámite de la Ley 600 de 2000, tal y como se dispuso en el artículo 533 de la Ley 906 ibídem.

El trámite de la apelación de las sentencias tiene regulación expresa en la Ley 600 de 2000 y en la Ley 906 de 2004, los cuales deben ser aplicados frente a las situaciones reguladas por el Acto Legislativo No. 01 de 2018. El mandato constitucional creó la apelación de los fallos proferidos contra aforados constitucionales, no sólo en el artículo 2° del Acto Legislativo No. 01 de 2018, al prever la “doble instancia de la sentencia”, sino también en el inciso 3° del artículo 1° ibídem, al precisar que “contra las sentencias que profiera la Sala Especial de Primera Instancia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia procederá el recurso de apelación” y, además, allí mismo se indicó la autoridad que debía resolver, “su conocimiento corresponderá a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia”.

Obsérvese cómo está creado el recurso de apelación contra la decisión de categoría de sentencia, su procedimiento está regulado en las Leyes 906 de 2004 y 600 de 2000, y la Sala que debe resolver el asunto existe jurídicamente, la de Segunda Instancia de la Corte Suprema de Justicia. Ello significa que, **al obrar la Sala actual en primera instancia y proferir el fallo, se debe admitir la procedencia de la impugnación por vía de apelación y las personas que deben fungir como Magistrados de segunda instancia, por corresponder a las mismas personas que profirieron el fallo en primera instancia (institución), han de ser**

**sustituídos por conjuces**, que en su condición obran como sala de segunda instancia.

[...]

En síntesis, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia debe continuar conociendo de las investigaciones y juzgamientos penales contra aforados constitucionales, dándoles un trámite de primera instancia y admitiendo el recurso de apelación contra la sentencia proferida, así como también acatando el trámite de la impugnación por doble conformidad judicial contra la primera condena. Esa es la justicia que se debe administrar para todos los colombianos a partir del Acto Legislativo No. 01 de 2018, el que hizo regulaciones en las que están comprometidas garantías fundamentales, el interés público, el respeto por los fallos de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos».

#### **EYDER PATIÑO CABRERA, SALVAMENTO DE VOTO:**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: competencia y estructura, Acto legislativo 01 de 2018, aplicabilidad, mientras se expide la ley que cree las salas especiales, la Sala mantiene todas sus competencias menos la de dictar sentencia

«Con el habitual respeto por las decisiones de la mayoría, salvo mi voto porque en esta ocasión la Sala de Casación Penal no ha debido proferir sentencia, toda vez que, al hacerlo, se vulnera el derecho a la doble instancia y a la impugnación de la primera condena. Estas son las razones:

La doble instancia tiene una relación íntima con el debido proceso y, obviamente, con el derecho de defensa, en cuanto permite dar mayor eficacia al derecho de acceso a la administración de justicia y al ejercicio de la contradicción.

El estándar internacional exige disgregar los funcionarios que investigan de aquellos que juzgan, a la vez que contempla la garantía de impugnar la primera condena (artículos 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Bajo ese orden, lo que se pretende asegurar es que toda persona, que ha sido condenada, tenga la oportunidad de que su proceso sea revisado por una autoridad superior.

[...]

Ahora bien, el acto reformativo de la Constitución no previó disposiciones transitorias en punto de su implementación y en la actualidad no se ha proferido la ley en virtud de la cual se establezca la logística para poner en marcha la Sala Especial de Instrucción y la Sala Especial de Primera Instancia, como así se reconoce en la sentencia de la cual me aparto. No obstante, a pesar de que tal funcionamiento operativo es imprescindible para garantizar la plena eficacia de la administración de justicia como fin y deber del Estado y que la persona contra la que se procede penalmente tiene derecho a que su actuación se adelante en forma pronta y oportuna, también lo es que ello no puede materializarse atropellando sus derechos constitucionales y legales, máxime cuando en la fecha el Acto Legislativo está rigiendo.

A mi juicio, **la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede continuar adelantando las actuaciones que están en curso, pero, de ninguna manera, dictar sentencia condenatoria».**

**JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA,  
SALVAMENTO DE VOTO:**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** - Sala de Casación Penal: competencia y estructura, Acto legislativo 01 de 2018 / **FUERO** - Aforados constitucionales: debido proceso

«De manera respetuosa, me permito exponer las razones que me determinaron a salvar parcialmente el voto respecto de la decisión adoptada por la Sala en el proceso de la referencia, en lo que atañe a la decisión mayoritaria de inaplicar el Acto Legislativo No. 01 de 18 de enero de 2018 en lo relativo a resolver este asunto por la vía de la primera instancia y negar, además, la doble instancia (apelación) contra la sentencia condenatoria proferida.

[...]

Aplicación del test de ponderación en relación con los contenidos del Acto Legislativo 01 de 2018.

La tesis mayoritaria de la Sala sostiene que, en aras de garantizar la continuidad del administración de justicia, en tanto se implemente la creación de las Salas Especiales

encargadas de investigar y juzgar en primera instancia a los funcionarios aforados, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conserva su competencia, incluso para proferir sentencias. El referido planteamiento no se ajusta a los métodos de interpretación constitucionales contemporáneos, en especial, el denominado test de ponderación.

En efecto, la carencia de un régimen de transición, aunado a la inexistencia previa de los órganos de investigación y juzgamiento justificaría, prima facie, la respuesta acordada por postura de la que me distancio. Sin lugar a dudas, en un Estado Social de Derecho resultaría inaceptable la parálisis que sufriría el Máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria por cuenta de la tardanza administrativa que suele comportar la puesta en marcha de nuevas instancias judiciales.

No obstante lo anterior, la solución no consiste en aplazar, vía judicial, la aplicación de una reforma al Texto Fundamental, sino en resolver el problema recurriendo a los métodos aplicables por la justicia constitucional, dada la naturaleza jurídica de la normatividad en juego.

En el caso concreto, se presenta una tensión entre, por una parte, la necesaria continuidad de la prestación del servicio público de administración de justicia (bien jurídicamente amparado) y, por la otra, las garantías procesales a la doble instancia y el derecho impugnar la primera sentencia condenatoria (derechos fundamentales).

De conformidad con los criterios orientadores del test de ponderación, la solución en estos casos no se encuentra en desconocer uno de los elementos de la relación, sino en hallar fórmulas intermedias (subreglas constitucionales), que permitan, en la mayor medida de lo posible, asegurar la vigencia de cada uno de ellos.

[...]

Como resultado del referido test de ponderación, se impone la creación de la siguiente subregla constitucional: **Si bien la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia puede seguir adelantando sus labores de investigación y juzgamiento de aforados, carece de competencia para dictar fallo en relación con los mismos.**

Se trata de una fórmula que logra un equilibrio entre los imperativos de la administración de

justicia y la preservación de las garantías procesales. Es más, esta subregla constitucional se acompaña con las técnicas usualmente empleadas en el derecho legislado colombiano en

materia de vigencia de las leyes procesales en el tiempo, según las cuales, los trámites iniciados deben finalizarse con las normas procesales vigentes».

---

## **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Estructura y elementos

La Sala analiza los principales elementos de este tipo penal y establece en que ocasiones no se comete dicha conducta típica.

SP123 (45868) de 07/02/18

M. P. José Francisco Acuña Vizcaya

### **ANTECEDENTES**

“El 2 de diciembre de 2011, en el hotel [...] de [...], CABM, ingeniero de sistemas con formación técnica en diseño gráfico y publicidad, realizó una sesión de fotografía con EJAG, NYF y LPBG, quienes, habiendo acordado con aquél un pago por \$160.000, posaron en ropa interior -tanga, brassiere y “cachetero”-.

Para esa época, LPBG y NYF tenían 16 y 17 años de edad, respectivamente. La progenitora de LPBG autorizó a su hija para que participara en la toma de fotos, a condición de que estuviera acompañada por su prima EAG, por ser ésta mayor de edad, mientras NYF fue en compañía de su hermana SLPG.”

El juicio, el Juzgado 5° Penal del Circuito de [...], en consonancia con los cargos formulados, condenó a BM y le impuso la pena referida. Protestada la decisión por la defensa, el Tribunal Superior de [...] la revocó mediante sentencia del 29 de enero de 2015, en consecuencia, lo absolvió y ordenó su libertad inmediata.

La Sala de Casación Penal establece la estructura y elementos del delito de Pornografía con personas Menores de 18 años, por el que fue acusado BM y establece la responsabilidad penal del mismo.

## **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Evolución legislativa || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Elementos || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Estructura

«[...] la Sala dispuso estudiar de fondo este asunto, con el propósito de fijar el alcance del ingrediente normativo contenido en el tipo penal del artículo 218-1 del Código Penal, referido a las representaciones reales de actividad sexual, que debe revelar el material sobre el cual recaen las conductas que caracterizan el punible de pornografía con personas menores de 14 años [...].

[...]

La aludida norma, modificada por el artículo 12 de la Ley 1236 de 2008 y 24 de la Ley 1336 de 2009, sanciona con prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a quien fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual, que involucre personas menores de 18 años de edad. A la misma sanción está sometido quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet, con o sin fines de lucro. Además, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad, cuando el agente sea integrante de la familia de la víctima.

El texto original de la preceptiva sancionaba los actos de fotografiar, filmar, vender, exhibir o de cualquier manera comercializar material pornográfico en el que participaran menores de edad. Con modificaciones en cuanto a la pena y la remisión a los artículos 35 y siguientes del Código Civil, a efectos de determinar el parentesco, los grados de consanguinidad y

afinidad, en la modalidad agravada de la conducta, el artículo 12 de la Ley 1236 de 2008 conservó la estructura de la primigenia descripción típica respecto de las conductas y el objeto sobre las cuales podrían desarrollarse, esto es, los materiales pornográficos.

La reforma del artículo 24 de la Ley 1336 de 2009, amplió el número de conductas, pues a las tradicionales de fotografiar, filmar, vender, exhibir, el legislador agregó las de grabar, producir, divulgar, ofrecer, poseer, portar, almacenar, transmitir, exhibir e intercambiar. De igual modo, el componente de material pornográfico pasó a denominarlo representaciones reales de actividad sexual, y precisó que la iconografía ilegal puede estar destinada al uso personal del agente o al intercambio que efectúe con otras personas.

De esa manera, atendiendo la descripción actual del delito de pornografía con personas menores de 18 años, se extrae la siguiente composición general:

El sujeto activo es indeterminado, puede incurrir en esa ilicitud cualquier persona, teniendo en cuenta que el agente no se encuentra calificado por alguna circunstancia o condición jurídica en particular.

Por contraste, el sujeto pasivo exige una connotación especial, en tanto debe tratarse de una persona menor de 18 años, titular de pluralidad de intereses jurídicos afectados con esa ilicitud, los cuales pueden corresponder a la libertad, integridad y formación sexuales, a la dignidad del ser humano, la intimidad y la propia imagen.

En cuanto a su estructura, puede sostenerse que corresponde a un tipo completo, teniendo en cuenta que describe las conductas prohibidas y las sanciones que de ellas se derivan. Si bien no puede considerársele autónomo ya que su cabal entendimiento y aplicación requiere la interpretación de los ingredientes que lo particularizan, en rigor tampoco puede afirmarse que se trata de un tipo penal en blanco, como quiera que el alcance de la prohibición, como sucede en estos, no se aprehende de otras disposiciones del ordenamiento a las cuales deba remitirse, sino del análisis que permita establecer lo que debe entenderse por representaciones reales de actividad sexual, expresión que, conforme se verá, carece de definición legal.

En relación con el bien jurídico que se pretende amparar, junto con la libertad, integridad y formación sexuales, los cuales refiere expresamente el Título IV de la Parte Especial del Código Penal, y que resultarían afectados en el acto mismo en que el agente fotografíe, filme, o produzca por cualquier medio la iconografía pornográfica que implique menores de 18 años, reclaman también especial protección, dada la condición de las víctimas, los derechos a la intimidad, a la propia imagen y a la dignidad consustancial a su condición de seres humanos, con clara potencialidad de ser afectados si, además, el material en el que queden registrados se divulga, ofrece, vende, compra, o si se exhiben o intercambien los elementos que dan cuenta del abuso a los que fueron sometidos, incluso cuando el agente simplemente posee, porte o almacene las ilícitas imágenes, pues no debe perderse de vista que la pornografía acarrea la posibilidad de emplear el material que la contiene y, en tanto ello ocurra, entrarán en peligro los mencionados derechos de los menores afectados».

**PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Ingrediente normativo: representaciones reales de actividad sexual, alcance || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Ingrediente normativo: representación sexual, diferente a acción sexual || **PORNOGRAFÍA** - Concepto || **PORNOGRAFÍA** - Diferente a iconografía || **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Consumación: requisitos || **PORNOGRAFÍA** - Conductas que no se categorizan como pornografía con menores de 18 años

« [...] la preceptiva del artículo 218-1 del Código Penal, acude a la expresión representaciones reales de actividad sexual, en referencia al objeto sobre el cual recaen las conductas de fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar, almacenar, o intercambiar, con las cuales se ejecuta el ilícito.

Se trata, también se dijo, de un elemento normativo que debe ser valorado en orden a desentrañar su alcance y definir con claridad la tipicidad del comportamiento en casos como el examinado.

Lo anterior implica partir del presupuesto de que la ley no define la expresión representaciones

reales de actividad sexual. Sin embargo, se puede deducir sin dificultad que está referida a la pornografía, conforme lo precisan el nomen iuris asignado por el legislador a ese tipo penal, el contenido de la norma en cuanto tipifica, también, la alimentación de bases de datos en la internet con pornografía infantil, y lo ratifica la redacción original de la disposición que ligaba las diversas conductas criminalizadas al material pornográfico en el que intervinieran personas menores de edad, aunque tampoco allí se definía dicho término. Indefinición que parece común con otras legislaciones, si bien universalmente se aúnan esfuerzos para hacer frente a la pornografía infantil, problema de amplificada dimensión en el contexto universal, por la irrupción de incesantes y novedosas tecnologías que han transformados las pautas de producción de este tipo de material.

El referente pornográfico de las representaciones que han de considerarse ilegales, se encuentra también en el derecho comparado.

[...]

Entonces, más allá de su definición etimológica, el concepto de pornografía se sustenta sobre dos componentes esenciales.

Un componente objetivo, referido a que las representaciones deben ser de contenido sexual (comportamiento sexual explícito) y puedan catalogarse de esa manera por el común de los observadores al revelar comportamientos manifiestamente sexuales o conductas sexuales explícitas [...].

De aquí se sigue que, incluso, la exhibición de los genitales se considerará conducta sexualmente explícita, sólo si se presenta en un contexto lascivo. La simple representación de los órganos sexuales, cuando no revela la capacidad de conducir al observador a un escenario sexual, no resulta pornográfica. De ahí que se afirme que los meros desnudos, las poses sugestivas y las imágenes de los genitales o de la región púbica, que no puedan reputarse exhibición lascivas, quedarían excluidas de la consideración de pornografía, en tanto no cumplen con el primero de los requisitos del concepto, es decir, poseer un carácter sexualmente explícito.”

En segundo lugar, el material pornográfico, para que lo sea, debe estar destinado a la búsqueda de la excitación sexual, lo cual significa que tiene un componente de finalidad objetivada presente en la propia representación, que no depende, por

tanto, de la intención de quien lo elabora o utiliza posteriormente. Al respecto, Díez Ripollés,, tras aclarar que representación sexual y acción sexual, constituyen realidades distintas, toda vez que la primera corresponde a un objeto material que tiene incorporado un determinado significado, y la segunda nos ubica ante una acción final humana en la cual lo determinante es la finalidad perseguida por el autor; en la representación sexual, en cuanto objeto material con un contenido de significado, carece de interés la tendencia de quien elabora o manipula la representación, ya que lo significativo es la finalidad objetivada que se encuentra ínsita en ella. Tendencia que, se reitera, ha de ser la de provocar la excitación sexual.

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

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

De igual modo, no constituyen pornografía las imágenes de niños en poses simplemente sugestivas, pues resulta imposible predicar que proyectan algún tipo de conducta sexual explícita, real o simulada, cuando se trata tan solo de una persona en una postura específica que ni siquiera exhibe de manera escueta sus genitales. Lo anterior, a pesar de que el material

que las contiene pueda destinarse a la activación sexual de alguna persona o grupo de personas (los pederastas, los pedófilos), sin que tal eventualidad justifique considerar ilícita tal producción, ante la posibilidad y casi seguridad, de que a esas personas, sexualmente atraídas de preferencia o exclusivamente por los niños, imágenes incluso no sugestivas en las que aparezcan menores de edad, pueden resultarles suficientes para hallar el camino de la excitación sexual.

Desde esta perspectiva, cualquier intento de represión resultaría inútil, pues, en últimas, esos observadores con la sola idealización o representación mental que hagan de su objeto de deseo (un niño o niña), estarían en posibilidad de alcanzar la excitación sexual, lo cual implicaría desnaturalizar el derecho penal, al sancionar, no las acciones humanas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, sino las fantasías e intenciones sexuales de algunos sujetos en particular.

Lo anterior, sin dejar de reparar en los problemas que la criminalización de esas imágenes generarían frente a la libertad de expresión y al derecho a escoger profesión u oficio, al dar cabida a un concepto tan amplio (subjetivizado) de la pornografía, pues téngase en cuenta la enorme influencia que en la sociedad moderna ejercen disciplinas como la publicidad y el modelaje, actividades que producen de forma incesante materiales (videos, fotografías, catálogos, etc.), que en ocasiones representan menores de edad, en poses que según se estila en ese medio profesional, bien pueden considerarse sugestivas, provocativas, pero que en todo caso, carecen de contenido sexual y tampoco están concebidas para generar la excitación sexual, con independencia, se repite, de que puedan ser utilizadas por algunas personas con ese particular propósito.

[...]

El anterior análisis halla soporte en disposiciones de algunos instrumentos internacionales y en lo previsto para la materia en el ordenamiento nacional, pues según señala el Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, la pornografía infantil es “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”, definición que, se reitera, adoptó el ordenamiento patrio en el Decreto 1524 de 2002.

[...]

De lo que viene de verse, la Corte precisa que el ingrediente normativo representaciones reales de actividad sexual, del artículo 218 del Código Penal debe: i) entenderse como asimilado al concepto de pornografía; ii) la cual corresponde a imágenes o representaciones de conductas sexuales explícitas; y iii) dirigidas a provocar excitación sexual.

Así mismo, debe precisar que en cuanto la norma alude a representaciones reales, exige que las imágenes o las figuras contenidas en el material, deben ser de personas verdaderas. Dicho de otro modo, imágenes reales de personas menores de 18 años. Lo anterior, por cuanto el sujeto pasivo amparado por dicha norma es, precisamente, toda persona menor de 18 años que, con perjuicio de sus derechos, sea utilizada en la elaboración, por cualquier medio, de registros pornográficos.

En este aspecto, nuestra legislación difiere de las que amplían el concepto de pornografía, al material elaborado especialmente por medios informáticos, en el que se manipula las imágenes de manera que a los protagonistas, siendo personas mayores de edad, se les da la apariencia de niños, o incluso penalizan el material que revela personajes ficticios, que asemejan a reales, realizando comportamientos sexualmente explícitos. Por consiguiente, en acatamiento de los principios de legalidad y estricta tipicidad, sin que haya lugar a extender la norma a aspectos no contemplados previamente por el legislador, las siguientes modalidades de pornografía no son punibles en el ordenamiento nacional: i) la pornografía infantil técnica, en la que intervienen personas que no tienen la condición de ser menores de edad, pero que aparentan serlo, bien porque físicamente parecen tales, o porque mediante recursos tecnológicos se les da esa apariencia; ii) la pseudopornografía, en la cual se insertan fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas en las cuales no intervinieron realmente, lo cual significa que no fueron abusados; y iii) la pornografía infantil artificial, en la que intervienen menores creados a partir de un patrón irreal, ya sea por dibujos o animaciones de todo tipo, es decir, no representan a un ser humano con existencia real.

En estos casos, en tanto no interviene una persona menor de edad como sujeto pasivo de los abusos propios de la pornografía infantil, no hay comportamiento típico del punible descrito por el artículo 218 del Código Penal, de manera que las representaciones de actividad sexual allí descritas, carecen de realidad, teniendo en cuenta que en ellas no participaron, en forma directa, real o cierta, personas menores de 18 años.

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

**PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - No se configura || **ICONOGRAFÍA** - Concepto

«El caso analizado. El Tribunal Superior de Bucaramanga revocó la condena y absolvió al acusado, al establecer la atipicidad de la conducta que se le atribuye.

[...]

El análisis que condujo al Tribunal a absolver a acusado, consulta el alcance que corresponde dar al artículo 218 del Código Penal, pues en armonía con la interpretación que la Corte sienta acerca del ingrediente normativo de las representaciones reales de actividad sexual que involucra personas menores de 18 años, determinó que el material fotográfico elaborado por el acusado y portaba al momento de su captura, no describen, informan o ilustran actividades sexuales de ningún orden, tampoco tiende a producir la excitación sexual, salvo, como lo precisó, sobre el criterio axiológico del observador, lo cual significa que el error denunciado carece de fundamento.

La iconografía, agrega la Corte, registra poses, acaso sugestivas de una persona, mas no da cuenta de que está desarrollando conductas o actividades sexuales de ninguna clase. Carece, pues, de contenido sexual y, por consiguiente, no representa actividades de esa naturaleza.

De esa manera, acorde con lo solicitado por la Delegada del Ministerio Público y la defensa, la Sala no casará el fallo recurrido».

**SALVAMENTOS DE VOTO:** los siguientes Honorables Magistrados salvaron su voto, entre otros, sobre los siguientes aspectos:

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**  
**FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS**  
**PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR**

**PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Ingrediente normativo: representaciones reales de actividad sexual, alcance / **PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS** - Carácter pornográfico de las poses sexuales de menores: contexto lascivo

«Con respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, presentamos los motivos por los cuales estimamos que la decisión de no casar la sentencia impugnada es incorrecta [...].

Desde el plano general y abstracto de definición del ámbito de aplicación del tipo penal de pornografía con menores de edad, con miras a fijar los contornos del juicio de adecuación típica, la interpretación del ingrediente normativo asumida por la mayoría no difiere sustancialmente de la propuesta en la ponencia derrotada. En lo fundamental, coincidimos en que el contenido pornográfico de una representación deviene de un aspecto objetivo y de otro subjetivo. El primero, que las conductas sexuales -explícitas- puedan ser catalogadas por el “común de observadores” como pornográficas, por revelar comportamientos evidentemente sexuales. El segundo consiste en que la manifestación del representado tenga un “contexto lascivo”, es decir, que el acto, en sí mismo, esté dirigido a producir excitación o a despertar el deseo sexual.

[...]

[...] consideramos, que la representación de poses sugestivas de menores de edad, en determinadas circunstancias, sí constituyen pornografía infantil, pues satisfacen los criterios objetivos y subjetivos determinados por la Sala mayoritaria.

Admitido que lo pornográfico se predica de una acción de contenido sexual (comportamiento sexual explícito), cuya finalidad es la de provocar excitación sexual (finalidad objetivada de la representación), es insostenible que el registro

fotográfico de menores de edad desnudos o semidesnudos, adoptando poses eróticas, con énfasis en sus zonas erógenas, en un contexto lúbrico o lascivo no satisfaga tales criterios definitorios. Una conjunción de tales sucesos, ciertamente, permite afirmar tanto un componente sexual explícito como un propósito de producir placer sexual.

[...]

Desde la óptica objetiva, la pose erótica -que excita la libido o el deseo sexual- es un comportamiento sexual explícito, pues expresa clara y determinadamente algo, a saber, propensión o insinuación a los deleites carnales -como es definida la lascivia-. Quien así actúa, explicita o exterioriza una actitud o disposición de ánimo en el ámbito de interacción sexual. Desde luego, en la constelación de la pornografía, se trata de una interacción con un tercero ajeno a la escena: el receptor de la representación.

[...]

El carácter pornográfico de una representación de actividad sexual, entonces, implica una despersonalización del comportamiento sexual de alguien, donde la actividad de contenido erótico se ve separada de su normal significación personal y social -como acto de placer entre personas o de autosatisfacción-, dejando de ser una relación interpersonal de reconocimiento recíproco, para convertirse en una dinámica de sujeto-objeto. El representado, entonces, se ve despojado de un reconocimiento personal y pasa a ser un objeto intercambiable de estimulación del deseo sexual en otro -ajeno a la actividad sexual registrada-, a saber, el receptor o receptores de la representación. Es por ello que la pornografía es un acto comunicativo: lo pornográfico no es el comportamiento sexual en sí, sino la comunicación al respecto

Desde esa perspectiva, las representaciones que contienen actividades sexuales de niños entrañan una degradación del menor registrado a mero objeto de difusión, para la satisfacción de finalidades sexuales a ellos ajenas. Por regla general, el interés del “consumidor” -dirigido a infantes- no recae sobre protagonistas con plena autodeterminación y formación sexuales. De ahí que tales representaciones traigan consigo una situación de abuso que, por antonomasia, diferencia a la pornografía infantil con la de adultos cuyos parámetros definitorios son distintos. El impúber no puede consentir en la

utilización de su imagen con tales propósitos, mientras que el menor púber, aun con incipiente iniciativa sexual, se ve corrompido en su formación sexual -aun en desarrollo- al verse despersonalizado en su interacción para satisfacer las apetencias de extraños indeterminados.

[...]

[...] se lee en la sentencia, el diseñador gráfico JBE determinó, en su calidad de perito en esa profesión, que las imágenes 6465 a 6469, 6476 a 6479, 6510 a 6512, 6523 a 6529, 6692 a 6696, 6709, 6710 a 6712 y 6719 a 6721 no cumplían los estándares aplicables a las fotografías para catálogos de ropa interior. Además, que dichas fotos se parecían a las utilizadas en el ofrecimiento de servicios sexuales. A ese respecto, el Tribunal textualmente destacó del testimonio lo siguiente:

“Cuando hay un requerimiento de lencería el lugar debe ser abierto, limpio, lo cual no se presentó en las fotografías que tomó el procesado. Las poses de las modelos deben ser tranquilas y serenas, ya que se puede confundir al espectador; en este caso las imágenes parecen fotografías swinger (sic) -servicios sexuales- o de contenido erótico. No son fotos para un catálogo de ropa interior como lo conocemos, muestran el cuerpo humano de forma inadecuada...Estar en la cama o en el suelo cambia el sentido estético de las imágenes, ya que las modelos no están presentando la prenda de forma ergonómica, sino que presentan poses eróticas...Cuando hablo de que las fotografías no tienen un contenido requerido es porque no tienen estética ni contienen la iluminación adecuada para la publicidad de este tipo de prendas o lo querido por la industria...aparte que algunos planos son muy cerrados y no buscan mostrar el cuerpo como tal, sino simplemente las partes íntimas...en el informe manifiesto que se debe verificar la empresa para la cual iban dirigidas las imágenes, ya que muchas veces es el cliente quien solicita la forma en la que se deben tomar las fotos. Como en el caso no se determina la empresa, se puede evidenciar que son fotografías para uso personal. Por el ángulo en que fueron tomadas las fotografías parecían fotos de servicios de acompañantes”.

[...]

Bien se ve, entonces, que la apreciación de las fotografías consignada en la sentencia

impugnada ratifica la percepción de que, por la sugestividad y alto erotismo de las poses, la semi-desnudez de las menores, el enfoque reiterativo y burdo de sus genitales y los lugares donde aquéllas adoptaban las posiciones -en el piso, contra la pared y en la cama-, las fotografías efectivamente dan la apariencia de ser aptas para el ofrecimiento de servicios sexuales.

[...]

Habiéndose acreditado entonces que las menores, luciendo las prendas de ropa interior que les suministró el acusado, desplegaron la acción de adoptar poses aptas para incitar el deseo sexual en otros, con exhibición de sus senos, glúteos y genitales de forma acentuada e

insinuante, es innegable que tal actividad es de connotación sexual.

[...]

Finalmente, en nuestro criterio, es correcto afirmar, como se expuso en la sentencia de primera instancia, que la conducta del procesado efectivamente afectó sin justa causa la formación sexual de las menores concernidas, al tiempo que, teniendo la condición de imputable y consciencia sobre la antijuridicidad de su conducta, es dable afirmar que ésta también es antijurídica y culpable, por lo que la sentencia debió casarse para validar el fallo condenatorio de primer grado».



**Carlos Alfonso Herrera Díaz**  
**Relator**

*Teléfono: 5622000 ext. 9317*  
*Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá*