

R

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

SP1967-2019

Radicado N° 54227

Aprobado Acta No. 134.

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS

Examina la Corte en sede de casación la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 5 de septiembre de 2018, a través de la cual confirmó la emitida en primera instancia, el 13 de diciembre de 2016, por el Juzgado 37 Penal del Circuito de esta ciudad, que condenó a LUIS ÉLVER OLIVEROS RAMÍREZ, como autor del delito de pornografía con personas menores de 18 años, a la pena principal de 135 meses de prisión y multa en cuantía de 200 salarios mínimos legales mensuales. Además, se impuso la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la privación de libertad, y se negaron al acusado los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

HECHOS

Los hechos, en seguimiento estricto de lo consignado en la acusación, ocurrieron el 15 de marzo de 2014, cuando se presentó a la Policía Judicial quien dijo ser esposa de LUIS ÉLVER OLIVEROS RAMÍREZ, y entregó una USB en la cual, señaló, se mostraba a este sosteniendo relaciones sexuales con menores de edad, a las cuales fotografiaba en esos actos y cuyas imágenes almacenaba.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia realizada el 6 de junio de 2014 ante el Juzgado 27 Penal Municipal de Bogotá, la Fiscalía solicitó la legalización de una diligencia de allanamiento y registro, así como de la captura de LUIS ÉLVER OLIVEROS RAMÍREZ, a quien también se imputó el delito de pornografía con menor de 18 años, que no aceptó.

A renglón seguido, se impuso en contra suya medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 5 de agosto de 2014, fue presentado el correspondiente escrito de acusación. La subsecuente audiencia de formulación de acusación tuvo lugar el 19 de marzo de 2015, en

el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá. Allí se atribuyó al procesado el delito de pornografía con personas menores de 18 años, contemplado en el artículo 218 del C.P.

El 24 de junio de 2015, fue celebrada la audiencia preparatoria.

Entre el 12 de enero y el 28 de junio de 2016, se adelantó la audiencia de juicio oral, al final de la cual el juez de conocimiento anunció el sentido del fallo condenatorio.

El 13 de diciembre de 2016, se profirió la sentencia de primer grado.

Apelada la decisión por la defensa, el 5 de septiembre de 2018, se dio lectura a la sentencia de segunda instancia, en la cual el Tribunal confirmó lo decidido por el A quo.

En contra del fallo de segunda instancia presentó demanda de casación el defensor del procesado.

Concedido el recurso, la carpeta fue repartida a la magistratura de la Corte el 13 de noviembre de 2018. El 21 de enero de 2019, se declaró ajustada la demanda, fijándose la fecha de realización de la audiencia de sustentación.

LA DEMANDA

Cargo Primero

Lo rotula el defensor del acusado, al amparo de la causal 3ª del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por considerar que se incurrió en un error de derecho por falso juicio de convicción, dado que la única prueba de responsabilidad acopiada corresponde al testimonio vertido en juicio por el intendente de la Policía Nacional Juan de Jesús Bayona, quien apenas realizó tareas investigativas, pero no conoce directamente lo sucedido, como se demostró en el interrogatorio y contrainterrogatorio surtido con el mismo.

A este efecto, agrega el recurrente, no es cierto, como se señala en el fallo atacado, que la declaración del perito presentado por la defensa, o los documentos que este introdujo, sirvan de soporte a la condena, pues, unos y otros demuestran lo contrario.

Pide, acorde con lo anotado, que se case el fallo de condena y en su lugar sea absuelto el procesado.

Cargo segundo

También dentro de la causal tercera, pero ahora en el rango del falso juicio de legalidad, dice el impugnante que, respecto de un computador y tres memorias USB, no existe posibilidad de determinar su contenido fidedigno, dadas las alteraciones -por supresión y adición- sufridas por los mismos, al punto que las copias aportadas no se compadecen con el contenido magnético, como lo precisó el perito de la defensa.

Dado que el Tribunal soportó en esas evidencias la condena, aduce el demandante, incurrió en el falso juicio de legalidad alegado, razón suficiente para pedir que se case el fallo y este mute a sentencia absolutoria.

Cargo tercero

Al amparo de la causal primera, por violación indirecta de la ley sustancial, sostiene el recurrente que se incurrió en errores de hecho por falso juicio de existencia.

En procura de soportar su tesis, el demandante afirma que algunos apartados de lo referido por el perito de la defensa, fueron pasados por alto en la sentencia, específicamente, aquellos en los que advierte que algunas fotografías obrantes en la carpeta de la Fiscalía, no fueron allegadas en la copia espejo entregada a la defensa.

A su vez, señala el defensor que se tergiversó lo expresado por el testigo Bayona Tarazona,

en cuanto, no dijo este que las fotografías tomadas en el Hospedaje Valparaíso, representasen a menores de edad, ni mucho menos a la menor V.P.E.C, como así lo sostuvo el Ad quem.

Incluso, acota, se pasaron por alto documentos del ICBF y declaraciones de sus funcionarios, que corroboran cómo en una de las fechas en las cuales se indica fueron tomadas las fotografías a la menor V.P.E.C, esta se hallaba bajo protección de esa entidad.

En este mismo sentido, añade, el fallador tuvo en cuenta la declaración rendida por el perito que examinó el teléfono incautado al procesado, pero dejó de lado el apartado en el cual el profesional advirtió que ese tipo de aparatos no permitía tomar fotografías o vídeos, ni tampoco poseía la función para enviarlos.

De haber tomado en consideración dichos aspectos del testimonio, aclara el casacionista, no habría podido afirmar la sentencia, que con el teléfono en cuestión fueron tomadas las fotografías. Así, acota, decae la acusación de que el procesado tomó y almacenó las imágenes objeto de cuestionamiento.

Solicita, en consecuencia, casar la sentencia de condena, para emitir un fallo de absolución.

Cargo cuarto

Dentro del derrotero de los errores de hecho, aunque ahora por falso juicio de identidad, el recurrente parte por significar que, si bien, en el informe de investigador que acompaña al álbum de fotografías, se afirma que se trata de varias menores de edad, ello no fue comprobado en el juicio. Por el contrario, el investigador de la Fiscalía aceptó que no fue posible identificar a las personas de las fotografías -solo a una, de la cual se demostró su minoría etaria-.

En similar sentido, prosigue el impugnante, el fallo sostiene que el perito Mauricio Vargas, presentado por la defensa, ratificó que el computador y las memorias USB, decomisados al procesado, contienen “infinidad de imágenes de menores de edad de contenido sexual”; pero ello no es verdad, pues, el profesional jamás hizo esa afirmación y los contenidos sexuales solo fueron aportados por la Fiscalía en copia de la USB que entregara en la denuncia quien dijo ser esposa del acusado, condición nunca demostrada.

De igual manera, agrega el demandante, el ad quem sostuvo que el perito de la defensa no pudo demostrar alteración en las evidencias presentadas por la Fiscalía, afirmación que desdice el contenido de lo referido por el profesional, pues, este claramente advirtió de las adulteraciones, por supresión y adición, en las evidencias, detallando incluso la fecha en que ellas ocurrieron.

Por ello, reclama el recurrente se case el fallo para efectos de absolver al acusado del cargo por el cual fue llamado a juicio.

INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA AUDIENCIA DE ARGUMENTACIÓN

El demandante reiteró, en lo fundamental, lo consignado en el escrito de casación que fue admitido, sin que sea necesario agregar algo de importancia.

LOS NO RECURRENTES

1. La Fiscalía

Parte por señalar que el testimonio vertido por el investigador al servicio de la Fiscalía contiene elementos de conocimiento directo y otros de referencia.

Entre los primeros, destaca que el funcionario acudió después de recibir la denuncia, a la diligencia de allanamiento y registro realizada en la vivienda del acusado, donde obtuvo

soportes digitales con imágenes de pornografía con menores y pudo verificar la coincidencia de los lugares. Además, verificó la identidad y minoría de edad de una de las afectadas.

Atinente al dictamen presentado por el perito de la defensa, señala que este nunca advirtió que las imágenes fueran alteradas. Solo verificó alteración en el orden de los archivos en los cuales se vertieron los datos. A este efecto, la adición referenciada por el experto, no afecta la autenticidad de la evidencia.

Y si bien, acota, el peritaje sostiene que no son imágenes pornográficas, por el principio de libertad probatoria puede verificarse, con solo ver a las afectadas, que se trata de menores de edad.

Pide, así, que no se case la sentencia atacada.

2. El Ministerio Público

En referencia al cargo primero de la demanda, el Procurador Delegado destaca que el investigador judicial recibió la denuncia de la esposa del acusado y pudo comprobar que la USB entregada por esta contiene imágenes pornográficas con menores de edad. Después, realizó labores de campo y determinó que una foto fue tomada en Residencias Valparaíso, donde también se grabó un vídeo con instrucciones que daba a la víctima, quien fue reconocido por la denunciante como su compañero.

Además, agrega, el investigador recibió la entrevista del tío de la menor, quien narró hechos que comprometen al procesado; y verificó que una imagen tomada en la residencia de este, contiene elementos -chaleco-, similares al que usó la persona grabada en las residencias Valparaíso dándole instrucciones a la afectada.

Añade, que los testigos presentados por la defensa dan a conocer la cercanía del acusado con la víctima.

Así mismo, destaca que si la defensa no tachó la prueba en la audiencia preparatoria, ahora no es posible que lo haga, pues “no es oportunidad procesal para controvertir pruebas”.

Por último, se refiere el representante del Ministerio Público, a la afirmación de la defensa, referida a que pericialmente se determinó que el teléfono del procesado no puede tomar fotos, para significar que perfectamente las imágenes pudieron ser fijadas desde el aparato de propiedad de la víctima, quien después las grabó en el computador del acusado.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Acorde con lo discutido en casación, la Sala estima necesario, para resolver integralmente la cuestión planteada y previo al estudio de los cargos consignados en la demanda, examinar los siguientes temas:

1. El trámite de solicitud e ingreso de las pruebas en el juicio, acorde con el objeto específico de las mismas.

2. El caso concreto.

1. El trámite de solicitud e ingreso de las pruebas en el juicio, acorde con el objeto específico de las mismas.

Habida cuenta del carácter problemático que en la práctica ha encerrado el tema de las pruebas y su ingreso en el juicio, en particular, tópicos puntuales relacionados con la evidencia, los medios documentales, la cadena de custodia y la prueba de referencia, la

Corte estima necesario, de cara a lo sucedido en el asunto examinado, traer a colación reciente jurisprudencia que desglosa cabalmente cada uno de estos aspectos.

Esto, entonces, se precisó sobre el particular¹:

“Según se indicó en el anterior apartado, la parte corre con la carga de identificar y demostrar los diferentes aspectos que hacen pertinente la evidencia.

Para tales efectos, debe identificar los testigos que tienen conocimiento “personal y directo” (Art. 402) de cada uno de esos aspectos. Según los ejemplos utilizados en el numeral anterior, el investigador puede atestiguar que la huella dactilar se halló en la escena del crimen y que las impresiones dactilares fueron tomadas del acusado para efectos del cotejo, y el perito en dactiloscopia podrá dar fe de que corresponden a la misma persona.

Si en el juicio oral sólo declara el perito en dactiloscopia, lo único que se habrá acreditado es que dos huellas dactilares corresponden a una misma persona, pero el experto no podrá dar fe, por ejemplo, de que una de ellas fue hallada en la escena del crimen, simple y llanamente porque ello no le consta.

En el mismo sentido, si un policial le halla al acusado un arma de fuego y la misma es remitida al perito en balística para que dictamine sobre su idoneidad para disparar, es necesaria la declaración de ambos testigos. Si sólo se lleva el testimonio del experto, lo único que se habrá demostrado es que el arma es idónea para los fines que le son propios, pero no habrá prueba de que ese fue el artefacto hallado al procesado, porque el perito no participó en el proceso de incautación.

Lo anterior, claro está, sin perjuicio de que las partes estipulen uno, varios o todos los aspectos que determinan la pertinencia de una evidencia física. Por ejemplo, puede estipularse que el arma es idónea para disparar, que le fue hallada al procesado, o ambas cosas; que la muestra examinada corresponde a sangre del acusado, que fue encontrada en

la camisa de éste; que las huellas dactilares estudiadas corresponden al acusado, que fue hallada en el sitio de los hechos, etcétera.

Y más adelante, acerca de la autenticación de las evidencias, esto se anotó:

La forma de obtención de las evidencias físicas incide en el proceso de autenticación de las mismas, porque, a manera de ejemplo, si los elementos físicos fueron hallados por el investigador en la escena del crimen, este podrá declarar sobre el hallazgo, por tener conocimiento “personal y directo”, en los términos del artículo 402 de la Ley 906; pero si el elemento fue encontrado por un particular (sin que ese hallazgo haya sido presenciado por el investigador), aquel será el testigo de esa situación en particular y en este aspecto no podrá ser reemplazado por éste, a no ser que se acredite una causal de admisión de prueba de referencia, en los términos del artículo 438 ídem.

Según se indicó en los anteriores apartados, es posible que se requieran estudios especializados para establecer lo que la evidencia es. Esto, obviamente, incide en el proceso de autenticación, porque una cosa es demostrar que una sustancia se halló en el sitio de los hechos, otra probar que es sangre, etcétera.

La determinación de los factores que inciden en la pertinencia de la evidencia física no sólo se logra a través de estudios especializados. Por ejemplo, es posible que la madre de la víctima tenga bases suficientes para declarar que las prendas de vestir halladas en la residencia del acusado le pertenecían a su hijo. En todo caso, debe verificarse que el testigo tiene fundamentos para asegurar que la evidencia es lo que se está asegurando.

Las evidencias físicas deben ser descubiertas, para que la contraparte pueda ejercer a cabalidad los derechos de contradicción y confrontación. Al efecto, debe considerarse que el dictamen es una prueba diferente del objeto sobre el que se practicó, así estén íntimamente relacionados.

Sumado a lo anterior, durante la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que la prueba sea decretada, bajo la misma lógica expuesta en el párrafo anterior. Por ejemplo, además de pedir como prueba el dictamen del perito en balística, debe hacer lo propio con el arma de fuego, si es que pretende hacer valer estos medios de prueba como soporte de su teoría. En todo caso, retomando el ejemplo referido en otros apartados, tiene la carga de probar que el arma analizada por el experto es la misma que le fue hallada al acusado.

Durante la audiencia de juicio oral, a la parte le corresponde demostrar todos y cada uno de los factores que hacen pertinente la evidencia. Para ello, según se dijo, debe presentar los testigos que tienen conocimiento “personal y directo” de cada uno de esos aspectos, porque, verbigracia, el policía que incautó la sustancia no es testigo de que la misma es sangre, o de que es sangre del acusado, y a los peritos que pueden declarar sobre estos aspectos no les consta dónde fue hallada la sustancia.

Constantemente se ha hecho alusión a que el testigo debe tener conocimiento “personal y directo”, lo que equivale a lo que en la práctica judicial se denomina “sentar las bases”.

Valga aclarar, de paso, que en este contexto sentar las bases no es otra cosa que demostrar que el testigo tiene conocimiento suficiente para identificar o hacer una particular manifestación sobre una evidencia física. Por ejemplo, la madre de la víctima puede estar en capacidad de reconocer la ropa de su hijo debido al contacto permanente que tenía con éste.

En el proceso de valoración de las evidencias físicas es determinante la constatación de que se probó que el elemento es lo que la parte afirma, para lo que deben considerarse todos los aspectos determinantes de la pertinencia. Es error común que el juez dé por sentado que se probaron todos estos aspectos, cuando en realidad sólo se acreditaron algunos de ellos, como cuando se demuestra que la sangre examinada corresponde a la víctima, pero no se comprueba que la sustancia fue hallada en la camisa del acusado (según el ejemplo utilizado a lo largo de este apartado).

Ahora bien, en la misma jurisprudencia a la que se viene aludiendo, la Corte precisó la necesidad de definir el fin con el cual se utilizan algunos documentos –dígase los informes del investigador o declaraciones del mismo testigo que asiste al juicio-, advirtiéndose que prácticas como las de la impugnación del testimonio o el refrescamiento de memoria, no pueden utilizarse en aras de ingresar de manera ilegal lo que no fue adecuada y oportunamente solicitado en la audiencia preparatoria.

De esta manera, ha señalado la Sala, si se trata de impugnar credibilidad, lo único que debe leerse por quien pregunta, y a ello se limita el ingreso como prueba, corresponde al apartado del cual surge la inconsistencia o contradicción, sin que pueda entenderse que el documento en su totalidad goza de igual suerte.

Y, si lo buscado es refrescar la memoria de quien declara, el documento utilizado para tal fin de ninguna manera ingresa, en todo o en parte, como prueba, razón por la cual, además, lo correcto es que se permita leer al declarante, para sí mismo, solo el apartado en el cual asevera afectada su recordación.

También la Corte ha detallado el valor de los informes de Policía Judicial, de la siguiente manera (Radicado 45899, del 23 de noviembre de 2017):

A la luz de este marco teórico, para la Sala es claro que los informes presentados por los policiales: (i) contienen declaraciones, en cuanto en ellos estos servidores entregan su versión sobre las circunstancias que dieron lugar a la captura o cualquier otra forma de intervención en los derechos de los ciudadanos; (ii) pueden ser determinantes para establecer la responsabilidad penal, entre otros eventos, cuando en ellos se describe la participación del procesado en la conducta punible; (iii) su presentación como prueba en el juicio oral puede afectar el derecho del acusado a interrogar o hacer interrogar a los policiales, que bajo estas circunstancias tienen el carácter indiscutible de testigos de cargo, en los términos del artículo 8 –literal k- de la Ley 906; (iv) además de sus propias versiones,

es común que en los informes estos servidores públicos incluyan las declaraciones de terceros.

En consecuencia, estas declaraciones documentadas pueden utilizarse (i) para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad; (ii) como prueba de referencia, cuando el testigo no esté disponible y se cumplan los requisitos establecidos en los artículos 437 y siguientes de la Ley 906; y (iii) como prueba, si el testigo se retracta o cambia su versión, en los términos referidos en los precedentes atrás relacionados.

Se definió también, en el radicado 51882 del 7 de marzo de 2018, que los documentos anejos al informe son independientes de este y por ello su inclusión debe correr la misma suerte que las otras evidencias pasibles de ingresar al juicio oral, en lo que toca con el momento en el cual debe solicitarse ello –audiencia preparatoria-, junto con su licitud, validez, pertinencia, utilidad y posibilidad de confrontación:

“Igualmente, debe considerarse que para la autenticación de un documento durante el juicio oral, que es presupuesto de su admisibilidad (salvo que se trate de documentos públicos amparados por la presunción de autenticidad, según lo establecido en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004 (CSJSP, 01 Jun. 2017, Rad. 46728) deben agotarse los siguientes trámites: (i) establecer que el testigo tiene conocimiento personal y directo (Art. 402 de la Ley 906 de 2004) que le permita declarar que el documento es lo que la parte aduce según su teoría del caso, lo que ordinariamente se denomina “sentar las bases”; (ii) una vez logrado lo anterior y previa autorización del juez, la parte le puede poner de presente el documento al testigo para su identificación, previa exhibición a su contraparte; (iii) el testigo debe declarar sobre lo que el documento es; (iv) cuando lo considere pertinente, la parte puede solicitar la incorporación como prueba, lo que debe ser resuelto por el juez; y (iv) una vez incorporado, el documento deberá ser leído o exhibido, tal y como lo dispone el artículo 431 ídem, en los términos que serán precisados más adelante.

No se requiere de un mayor esfuerzo para entender que la dinámica de autenticación e incorporación de documentos durante el juicio oral requiere que exista suficiente claridad sobre lo que fue objeto de descubrimiento por cada una de las partes y, obviamente, sobre lo que fue decretado como prueba, pues solo de esa manera la parte contra la que se aduce el documento podrá constatar que lo que se le exhibe al testigo es lo mismo que se descubrió y decretó.

En consonancia con lo expuesto en precedencia, la Sala extracta las siguientes conclusiones de importancia para resolver el caso concreto:

1. Los informes de Policía Judicial no son, en sí mismos, documentos que como tales puedan ingresar a juicio solo con soportar su pertinencia.
2. Es posible que los informes de Policía Judicial contengan información directamente percibida por quienes los signan. Pero en este caso, para permitir la confrontación, es necesario que los funcionarios acudan al juicio oral a dar a conocer eso que percibieron de primera mano.
3. Igual sucede con las entrevistas o información que de terceros recibe el funcionario de Policía Judicial, plasmados en el informe, que obligan de la presencia de la fuente en el juicio, a excepción de los casos de prueba de referencia debidamente certificados y aceptados por el juez.

4. El informe de Policía Judicial puede utilizarse en el juicio para refrescar la memoria del testigo o impugnar su credibilidad. En el primer caso, no ingresa ningún apartado del mismo; y, en el segundo, solo los aspectos objeto de impugnación.

5. Los anexos documentales que se insertan a los informes de Policía Judicial, no se integran con estos y, entonces, si busca hacerse valer los mismos, es necesario que se cumplan los presupuestos procesales establecidos para cualquier tipo de prueba, entre otros, efectuar el descubrimiento previo a la contraparte, presentar la solicitud oportunamente en la audiencia preparatoria y, allí mismo, explicar su pertinencia.

6. Dependiendo del objeto que se pretende cubrir con la evidencia, opera su autenticación, referida a la demostración de que el elemento es lo que la parte dice que es.

2. El caso concreto

De manera general, respecto del delito atribuido al procesado, ha de entenderse que la tarea probatoria de la Fiscalía hubo de dirigirse a demostrar, en primer lugar, que de verdad se tomaron imágenes, grabaciones o vídeos, luego almacenados, de contenido pornográfico, que involucran a menores de 18 años; y, en segundo término, que dicha labor, la grabación de las imágenes y su almacenamiento, cabe atribuirla directamente al acusado LUIS ÉLVER OLIVEROS RAMÍREZ.

En procura de ello, como se detalla en la acusación y luego es afirmado por el Fiscal en los alegatos de apertura y cierre, se adelantó una tarea investigativa que ocupó a personal especializado de la Policía Judicial, entre ellos, expertos en fotografía e informática, cada uno de los cuales adelantó específica tarea dirigida a definir el contenido de los medios digitales aportados, ora en la denuncia, ya en la diligencia de allanamiento y registro a la vivienda del procesado, que se corresponden con el sustrato material en el cual reposaban, supuestamente, las imágenes de contenido pornográfico.

Empero, pese a tener claro que la autenticación de las evidencias reclamaba la intervención de cada uno de los dichos expertos, encargados de verificar la fidelidad de lo hallado en un disco duro del computador portátil y dos USB, e incluso la definición clara de cómo y dónde se halló la presentada por la denunciante, que al parecer representa el único medio en el cual se soporta la acusación, en el juicio solo se presentó, como testigo de cargos, al investigador que recibió la noticia criminal y signa dos de los informes.

En concreto, el investigador, intendente Juan de Jesús Bayona, refirió que:

-Fue llamado a atender la queja de quien se dijo esposa del acusado -no solicitó su identificación, ni le recibió entrevista, pero detalló ella la dirección del cónyuge y las placas de sus vehículos-, la cual aportó una USB en la que, dijo, se mostraba a su cónyuge sosteniendo relaciones sexuales con la menor V.P.E.C, en imágenes tomadas por él.

-Sin ninguna medida previa de seguridad informática y apenas buscando corroborar lo expuesto por la denunciante, examinó en su computador la USB en cuestión y verificó que, en efecto, contenía imágenes sexuales. Luego, envió la unidad de almacenamiento para que fuera examinada por expertos en informática, aunque nunca conoció el informe de estos porque hubo de desplazarse a otro país.

-El experto en fotografía digital tomó algunas imágenes y con ellas elaboró un álbum, que fue el que anexó a su informe el declarante.

-Realizó algunas diligencias en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el colegio donde estudiaba la víctima, por virtud de las cuales comprobó que la menor V.P.E.C., cuyo registro civil también acopió, se hallaba en situación irregular –incluso se denunció que fue accedida carnalmente por tres personas-.

-Estuvo presente en el allanamiento a la residencia del procesado y allí tomó algunas fotografías del lugar, que cotejó con otras, contenidas en la USB aportada por la denunciante, para determinar coincidencia entre ambos sitios.

-Ingresó a la página de Facebook del procesado y de allí extrajo una foto, que luego amplió, en la que se observa a este llevando un anillo en el dedo cordial izquierdo.

-Entrevistó a un tío de la menor afectada. La copia de la entrevista la anexó al informe enviado al Fiscal.

Ahora bien, correspondiendo a la defensa la posibilidad de contrainterrogar al investigador, por consecuencia de este ejercicio se determinó, a voces del testigo, que únicamente pudo comprobarse la identidad y edad de una de las mujeres que aparecen en las imágenes –V.P.E.C.-; no puede dar fe del origen de la USB, esto es, no conoce de qué lugar la tomó la denunciante o cómo llegaron a ella las imágenes.

El Fiscal, en curso del contrainterrogatorio, tomó la palabra para señalar que la cadena de custodia de la USB la demostrará con otro testigo y, además, que “como se verá más adelante” una de las fotografías corresponde a una menor de edad.

Finalmente, la Fiscalía, pese a que el informe fue utilizado con fines de refrescar memoria al investigador, pidió se aceptase el mismo como prueba.

Luego de algunas interpelaciones de la defensa, referidas a que no puede ingresarse la entrevista tomada al tío de la menor, ya que este fue anunciado como testigo en juicio por la

Fiscalía, fue aceptado que solo se introdujera, en calidad de prueba documental, el plexo fotográfico inserto como anexo del informe.

El recuento efectuado por la Corte permite advertir cómo se desnaturalizaron por completo los mínimos procesales que rigen la práctica probatoria, pues, en lo que compete a las fotografías, pese a que ellas hacen parte del informe del investigador, pero no se integran al mismo, sufrieron una especie de amalgama que originó mutar la esencia del documento, pretendido utilizar solo con fines de refrescamiento de memoria del testigo, hasta derivar en una inusual introducción, por completo ajena a lo discutido y aceptado en la audiencia preparatoria.

Ahora, entiende la Sala que el comportamiento del juez y las partes en sede de la audiencia de juicio oral, termina por avalar la práctica, pues, sin oposición, todos aceptaron que las dichas fotografías fueran aportadas.

Pero, que pueda asumirse avalado el ingreso de las imágenes fotográficas, no significa que estas hayan sido autenticadas, de cara al objeto que pretende la Fiscalía.

En efecto, como se recuerda, el único testigo de cargo, investigador al servicio de la Policía Judicial, claramente advirtió que sus únicas intervenciones directas en el asunto se refirieron a escuchar a la denunciante, verificar en el ICBF el trámite dado al caso de la menor en situación irregular, allegar el registro civil de esta y entrevistar al tío de la víctima.

En este panorama, no se discute que el declarante en mención no puede dar noticia cierta de dónde o cómo se obtuvo la USB que le fue entregada, o siquiera de quién es su propietario o la persona que introdujo allí las imágenes.

En principio, no surge duda que la única persona con posibilidad de informar de dónde se tomó y a quién pertenece el adminículo en cita, así como la forma en que se plantaron allí

las imágenes y quién lo hizo, es aquella que acudió ante el funcionario y le entregó la USB, pues, tampoco por vía indirecta o indiciaria se obtuvieron medios de conocimiento que permitan llegar a ese conocimiento, y el investigador, se repite, solo puede dar fe de lo que le fue comunicado, pero no de que ello efectivamente sucedió.

Es que, ni siquiera es factible, por la vía de lo dicho por el Intendente Juan de Jesús Bayona, asumir que las fotografías ingresadas irregularmente en el juicio oral, corresponden a extractos de lo contenido en la USB; o que una de las imágenes aportadas consigna un acto sexual ejecutado por la menor V.P.E.C.

El investigador fue claro en señalar que no fue quien examinó de manera técnica la USB, ni extrajo tales imágenes, ni tampoco elaboró el álbum. El Fiscal del caso intervino en curso de esta atestación, para significar que esos aspectos serán aclarados después por quienes directa y efectivamente adelantaron dichas labores.

Sin embargo, de manera inexplicable renunció a esas declaraciones y, entonces, quedó huérfana de autenticación la prueba documental y sus efectos, en tanto, cabe destacar, no es posible conocer si de verdad las fotografías aportadas se hallaban en el interior de la USB, cómo fueron extraídas y de qué manera se eligieron ellas y no otras para elaborar el álbum. Ni siquiera, debe relevarse, fue introducida la USB, ni se acopió el examen que presuntamente realizaría el perito de informática respecto de la misma.

Pero, aún peor, no hay ningún testigo que haya acudido al juicio para demostrar que quien aparece en una imagen practicando sexo oral a un varón, es la menor V.P.E.C.

Se conoce, sí, porque así lo atestiguó el investigador presentado por la Fiscalía, que este obtuvo el archivo registrado en el ICBF, respecto de la menor estimada en condición irregular, así como el registro civil de nacimiento.

Pero nadie acudió al juicio a demostrar que la fotografía en mención alude a V.P.E.C.,

explicando cómo llegó a ese conocimiento, esto es, a través de qué forma de constatación.

A lo largo del juicio y en las providencias objeto de cuestionamiento, se da por sentado que, en efecto, la fotografía de contenido sexual explícito alude a aquella menor, sin tomar en consideración que jamás ello fue probado, así fuese por vía indiciaria.

Ahora bien, es cierto que la defensa presentó un perito en informática y con este allegó el informe del trabajo realizado.

Empero, no es posible significar que las carencias de la Fiscalía fueron suplidas por la defensa, pues, como claramente lo explicó el experto en la declaración jurada, su examen no versó sobre algunos de los equipos en poder de la Fiscalía –la USB entregada por la demandante, y el disco duro y otras dos USB, incautadas al procesado en un allanamiento– sino respecto de la que se dijo por el ente investigador, correspondía a una “copia espejo” de tales elementos.

Precisó el perito que no puede establecer la completa consonancia de la copia a la cual se alude, con lo contenido en los equipos, dado que no fue tomada directamente por él, ni se presentó el Hash Criptográfico, especie de ADN del archivo, que verifica su originalidad.

Pero además, en lo que compete a la USB entregada por la denunciante, único elemento en el cual se ha centrado la existencia de las imágenes de supuesto contenido pornográfico, advirtió el experto que no todas las consignadas en la carpeta elaborada por la Fiscalía (algunas de cuyas fotografías fueron irregularmente allegadas en curso del juicio, como se explicó antes), se registran en ese equipo de almacenamiento –o, cuando menos, en la copia espejo que del mismo se le entregó–.

En concreto, respecto de la imagen fotográfica que registra a una mujer practicando sexo oral a un varón desconocido, expresamente sostiene el testigo de la defensa, que ella no se contiene en la copia espejo entregada por la Fiscalía respecto de la USB en cuestión.

Por manera que, huelga sostener, no es verdad que a través de la defensa se hubiese allegado un elemento de juicio necesario, obviado de presentar por la Fiscalía, como quiera que sigue en absoluta indefinición la demostración de cómo se obtuvo la fotografía en cuestión o dónde se hallaba almacenada la misma, para no hablar de la completa ignorancia en torno de quién es la persona representada en la imagen o incluso si se trata de una menor de edad.

La Corte precisa que ha centrado su examen en la fotografía del acto sexual explícito, porque, si bien, el álbum ingresado en el juicio consigna muchas imágenes, no es posible determinar en cuáles radica la acusación por el delito de Pornografía, en tanto, registran muchas actividades, algunas de ellas cotidianas, sin que la Fiscalía hubiese precisado el tópico.

Y otras, aunque muestran mujeres desnudas, resulta imposible advertir con criterio objetivo que se trata de menores de edad, entre otras razones, porque nunca la Fiscalía presentó algún tipo de estudio biométrico o similares que permita llegar a dicha conclusión, advertido por el investigador judicial que ni siquiera se conoce el nombre o identidad de aquellas.

En este sentido, se muestra bastante discutible, evidente como se hace que no se trata de infantes o siquiera impúberes, sostener como lo hace el Fiscal delegado en su alegato, que basta con mirar las imágenes para determinar que corresponden a menores.

Todo lo contrario, las imágenes verificadas por la Sala advierten de mujeres plenamente formadas en sus atributos sexuales, sin posibilidad obvia o evidente de decirlas menores de edad.

Por lo demás, la afirmación del Fiscal opera indiscriminada y huérfana de soporte, dado que nunca detalló cuáles de las imágenes se avienen con su tesis o en qué se soporta esta.

Algo similar cabe decir de lo alegado por la representación de la Procuraduría, en tanto,

aunque acepta que resulta difícil establecer la responsabilidad del acusado a partir de las fotos que lo muestran portando un anillo, asevera que a ello ofrece completa corroboración la entrevista rendida por el tío de la menor.

Desconoce el Ministerio Público, que la entrevista en cuestión nunca ingresó en el juicio, pues, tal cual se anotó antes, expresamente la Fiscalía la desglosó de los documentos solicitados allegar con su investigador judicial, por la obvia razón que el testigo acudiría a narrar directamente lo conocido.

Como el citado testigo nunca acudió, porque la Fiscalía finalmente terminó renunciando a su testimonio, es claro que ni de manera directa, ni por vía de la prueba de referencia, es posible aludir a lo referido por este.

Errores del Tribunal y trascendencia de los mismos

Decantado lo que probatoriamente se allegó y su efecto respecto de la atribución penal efectuada en contra del acusado, evidente se aprecia que el fallador incurrió en errores no solo ostensibles, sino trascendentes, que obligan casar la sentencia de condena.

En efecto, el fallador de segundo grado, sin más, advierte que lo declarado por el investigador de la Fiscalía es suficiente para demostrar que las fotografías fueron tomadas en determinado motel y que ellas incluyen a V.P.E.C.

Con ello, incurrió en un error de lógica discursiva conocido como petición de principio, dado que nunca explicó en qué hace radicar su afirmación, huérfana de cualquier tipo de examen probatorio, en tanto, ni siquiera se determinó qué fue lo que sostuvo el declarante sobre el específico tópico.

Por lo demás, desconoció el Tribunal, que al informativo nunca se allegó algún tipo de prueba que demostrara que la imagen aportada corresponde a la menor V.P.E.C., lo cual

implica adicionar el testimonio del investigador, en típico error de hecho por falso juicio de identidad.

El ad quem, así mismo, desnaturalizó por completo el testimonio del perito de la defensa, al punto de afirmar que "...este testimonio contribuyó de manera trascendental a la Fiscalía, no a la defensa, al ratificar que Oliveros Ramírez almacenaba infinidad de imágenes de menores de edad de contenido sexual en su computador portátil marca DELL y en las 2 USB incautadas".

No es verdad que el perito en cuestión hubiese aseverado que en los equipos incautados en la vivienda del procesado se hallan "imágenes de menores de edad de contenido sexual".

Todo lo contrario, de forma expresa el profesional recomendó descartar, precisamente, las imágenes contenidas en dichos equipos, porque carecen de esa connotación.

Es evidente, con ello, que el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de identidad por tergiversación del testimonio del perito.

El ad quem sostiene, de igual manera, que "No tiene asidero lo señalado por Vargas Sánchez (el perito de la defensa, aclara la Corte), en cuanto a que no es creíble el contenido de las USB y del disco duro, toda vez que su argumento fue tenue y quedó en la especulación".

No explicó el fallador, empero, por qué debe entenderse tenue o especulativo lo conceptuado por el profesional, en afirmación que, por lo demás, desconoce que el experto en informática detalló claramente las razones que soportan su manifestación, referidas a que no se le permitió confrontar directamente la copia espejo con el contenido de los equipos, no se verificó el hash criptográfico y, materialmente, pudo comprobar que algunas fotografías contenidas en la carpeta de la Fiscalía –entre otras la que representa una felación-, no se encuentran en la copia espejo.

Con ello, pasó por alto el sentenciador de segundo grado, examinar apartados importantes de lo expresado por el perito, lo que conduce a definir cubierto un error de hecho por falso juicio de identidad por cercenamiento.

El error objetivo en que incurre el Tribunal se reporta ostensible en lo que corresponde al dictamen presentado por el perito de la defensa en torno del aparato que pudo utilizarse para tomar las fotografías, pues, en su declaración el profesional solo significó que se trata de un celular Nokia, sin detallar cuál en concreto pudo ser el equipo utilizado.

Empero, en evidente agregación, que representa un error de hecho por falso juicio de identidad, el Fallador Ad quem advirtió que el testigo en cita “efectuó dictamen del teléfono NOKIA 2610 el 28 de diciembre de 2015, señaló las características, y estableció que el implicado tomó las fotos de ese celular”.

Ello no es verdad, pero si se quiere aludir al examen que figura en el informe del perito, del cual no dio cuenta en su testimonio jurado, respecto al examen realizado a un teléfono Nokia entregado por la defensa, cabría decir que allí expresamente señaló el experto que desde el aparato no podían tomarse fotografías, simplemente, porque carece de cámara para el efecto.

De otro lado, en lo que corresponde al fallo de primer grado, en el cual se introducen otras argumentaciones encaminadas a definir la responsabilidad del acusado en el hecho atribuido, es necesario destacar que allí se erige en prueba indiciaria toral, la presunta comparación que se hizo entre el anillo que se registra portar el procesado en una foto bajada de su Facebook, y el que supuestamente lleva consigo el victimario en la fotografía que muestra a una mujer realizándole sexo oral.

Ya se dijo, y aquí cabe reiterarlo, que nunca se conoció de dónde fue extraída la foto en cuestión, ni mucho menos, es posible determinar quién es la mujer que allí aparece o su edad, precisamente porque la Fiscalía omitió presentar el testigo que así lo verificara.

Pero, junto con ello, para la Corte no es factible asumir que de verdad, con la simple auscultación de lo que contiene cada fotografía, dada la precariedad técnica, cuando menos, de la que refleja el acto sexual, sea posible decir iguales ambos anillos.

Al efecto, cuando se interrogó sobre el particular al investigador de la Fiscalía, este admitió que ningún estudio se hizo de las imágenes y, en particular, de la posibilidad de que se trate de la misma joya, pero, anotó, lo que debe resaltarse es que haya sido portado en el mismo dedo, el cordial, hecho de poca ocurrencia.

Sobre este particular, la Sala entiende no solo especulativo, sino errado, el criterio del declarante, seguido por el fallador de primer grado, pues, una atenta mirada a ambas fotografías permite señalar que el anillo registrado en la fotografía que muestra la felación, no se ubica en el dedo cordial, sino en el índice, circunstancia que por sí misma desvirtúa el indicio construido por el A quo.

De similar forma, el sentenciador de primer grado asevera que las imágenes evidencian “niñas de muy corta edad sometidas a posiciones sexuales grotescas y de contenido libidinoso”, pero jamás detalla cuáles específicamente son dichas imágenes y cómo verifica que se trata de niñas, o cuando menos, menores de edad, para así permitir delimitar el tipo de pornografía objeto de acusación.

La Corte puede advertir en ambas sentencias ordinarias un lugar común de ligereza en el examen probatorio, al punto que jamás se precisó en qué imágenes particulares radica la acusación por el delito de pornografía o cuál en concreto es la conducta, de las varias alternativas consignadas en el tipo penal, atribuida al acusado.

Incluso, el A quo sostuvo que “aquí no solo se fotografió, se filmó, se grabó, se poseyó material pornográfico”; pero ello tampoco fue objeto de delimitación específica de cara a las pruebas válidamente recogidas y lo que ellas reflejan.

De forma amplia, cabe agregar, las instancias omitieron examinar lo recogido de cara a su validez y, particularmente, respecto de la autenticación que a cada afirmación debería haber otorgado la prueba pertinente, al extremo de entender certificado con la declaración del único investigador presentado por la Fiscalía -quien, se repite, no puede dar fe del lugar en el cual se halló este equipo, ni de su tenedor, ni tampoco de la forma en que en ella se cargaron las imágenes, que, por lo demás, no se sabe si corresponden al álbum introducido en juicio- no solo el contenido y propiedad de la USB entregada por la denunciante, sino su carácter pornográfico y la intervención que en ello tuvo el acusado.

Evidente el desatino del fiscal y los jueces ordinarios, si se tiene claro que en curso del interrogatorio efectuado por el primero al investigador, durante el debate oral, expresamente advirtió que, en efecto, con este no era posible verificar la autenticidad de las evidencias, ni mucho menos demostrar que la mujer registrada ejecutando sexo oral a un desconocido, es la menor V.P.E.C.; para después añadir que, por ello, con otro funcionario verificará la cadena de custodia, que el experto en fotografía explicará cómo obtuvo las imágenes y de qué manera elaboró el álbum; y, cuando pidió introducir como prueba tales imágenes, sostuvo: “se verá más adelante, la que allí aparece era menor de edad”.

Sucede, no obstante, que el fiscal renunció a tales pruebas y, entonces, aceptó sin ambages obviar la demostración de la “mismidad” de lo presentado en la USB; verificar que el álbum de fotos ingresado corresponde a imágenes halladas allí; probar que varias de esas imágenes registran a la menor V.P.E.C., o a cualquier otra; y, más importante aún, definir que el acusado fue quien tomó fotografías de contenido pornográfico con menores y las almacenó

Bajo este panorama y vistos los ostensibles yerros en que incurrieron las instancias ordinarias, apenas puede señalarse que los mismos emergieron trascendentes, pues, fue por virtud de ello que pudo asumirse responsable al acusado del delito objeto del llamado a juicio.

Como no existe forma legal de determinar que el procesado tomó imágenes, o grabó, o filmó, o guardó pornografía con menores de 18 años, emerge necesario casar la sentencia atacada y en su lugar, acorde con lo motivado y pretendido por la defensa, emitir sentencia absolutoria a favor de LUIS ÉLVER OLIVEROS RAMÍREZ.

Dado que el acusado se encuentra en detención preventiva por razón de este proceso, de inmediato se librará la boleta de libertad ante la Cárcel Modelo de Bogotá.

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

RESUELVE

CASAR la sentencia demandada para, en su lugar, ABSOLVER al procesado LUIS ÉLVER OLIVEROS RAMÍREZ, del delito de pornografía con persona menor de 18 años.

Líbrese la boleta de libertad.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

EYDER PATIÑO CABRERA

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Nubia Yolanda Nova García

Secretaria

1 Sentencia del 31 de agosto de 2016, radicado 43916.