



**EI DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL CONTEXTO JURÍDICO
PENAL COLOMBIANO**

ESTUDIANTES:

**JUAN JOSÉ PÉREZ GUTIÉRREZ
CAMILA PUERTA RESTREPO**

DIRECTOR:

**ANDRÉS FELIPE DUQUE PEDROZA
DOCTOR EN DERECHO (PhD)**

**TRABAJO DE GRADO PRESENTA COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO**

PREGRADO EN DERECHO

ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA

MEDELLÍN

(2021)

Declaración de originalidad

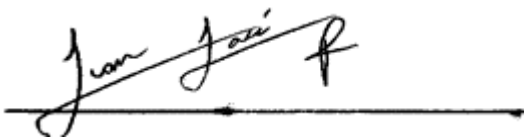
02 de mayo de 2021

Nosotros CAMILA PUERTA RESTREPO y JUAN JOSÉ PÉREZ GUTIÉRREZ declaramos que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquier otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

Camila Puerta Restrepo

Firma del estudiante

A handwritten signature in black ink, reading "Juan José P", is written over a horizontal line. The signature is cursive and stylized.

Firma del estudiante

EL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL EN EL CONTEXTO JURÍDICO PENAL COLOMBIANO

CHILD PORNOGRAPHY CRIME IN THE COLOMBIAN JURIDICAL CONTEXT

Sumario:

INTRODUCCIÓN:.....	6
CAPÍTULO I: EL CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL Y SUS CONSECUENCIAS EN LA POLÍTICA CRIMINAL.	9
CAPÍTULO II. LA REGULACIÓN LEGAL Y ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DELITO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL.	16
2.1. Regulación legal.....	16
2.2. Jurisprudencia	18
CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO EN EL DELITO DE PORNOGRAFÍA CON MENORES. ..	25
3.1. Modelo de legislación y revisión global sobre la pornografía infantil	25
3.2. Comparación con la Legislación Argentina y Española.....	27
CONCLUSIONES.....	33
REFERENCIAS.....	35

Resumen:

En el presente artículo se aborda, desde una perspectiva jurídica, el delito de pornografía infantil en Colombia. El fenómeno de la pornografía infantil ha aumentado de manera significativa gracias al auge de las tecnologías, en los últimos 10 años, lo que ha llevado a que los Estados se cuestionen la forma en que debe regularse este. Se pretende precisar el concepto de pornografía infantil, debido a que se ha ampliado el mismo, en aras de brindar una mejor protección a los niños, niñas y adolescentes. También, se busca determinar cuándo se entiende configurado el delito, debido a que la Corte Suprema ha tenido variaciones en su jurisprudencia respecto de este. Para finalizar, se realiza una comparación de la regulación colombiana del delito de pornografía infantil con la regulación argentina y española. Para lograr los objetivos propuestos en este artículo se utilizará el método de investigación hermenéutico, se analizarán distintas fuentes de información, como: disposiciones legales, jurisprudencia y dogmática. Se concluye, que la regulación de la pornografía infantil debe limitarse a actividades sexuales reales y en un contexto de explotación sexual.

Abstract:

This article addresses, from a legal perspective, the crime of child pornography in Colombia. The phenomenon of child pornography has been growing significantly in the last 10 year because of the boom that having the internet, this has made countries questions their regulations about this type of crime.it is pretends to delimit the definition of child pornography, the reasons it's the concept has been extended in order to guarantee better protection to children and adolescents. It also seeks to determine when the crime is understood to have been committed, since the Supreme Court has had variations in its jurisprudence with respect to this issue. Finally, a comparison of the Colombian regulation of the crime of child pornography with the Argentine and Spanish regulations is made. To achieve the objectives proposed in this article, the hermeneutic research method will be used, and different sources of information will be analyzed, such as: legal provisions, jurisprudence, and dogmatics. It is concluded that the regulation of child pornography should be limited to real sexual activities and in a context of sexual exploitation.

Palabras claves:

Pornografía infantil, delitos sexuales, explotación sexual, jurisprudencia.

Keywords:

Child pornography, Case law or Jurisprudence, Sexual exploitation, Sexual Offence

Introducción:

Este trabajo de grado se propone analizar el delito de pornografía infantil en el ordenamiento jurídico-penal colombiano. En el primer capítulo, se va a ilustrar el concepto de pornografía infantil, su desarrollo y las consecuencias que podrían derivar en la política criminal que adopta un Estado. En el segundo capítulo, será sobre la regulación legal y análisis jurisprudencial del delito de pornografía infantil. Por último, en el tercer capítulo, se va a analizar a la luz del derecho comparado la regulación colombiana sobre pornografía infantil, para así poder determinar los propósitos que tiene el ordenamiento jurídico colombiano y la utilidad de estos.

El concepto de pornografía infantil sufre una de las patologías del lenguaje: la vaguedad. La vaguedad consiste, sucintamente, en que no se ha establecido de manera adecuada sus límites, lo cual no permite determinar a qué concepto se hace referencia. Esto ha sucedido, porque en los últimos 30 años, gracias al auge de las tecnologías, se han venido agregando a este concepto comportamientos, que no se entendían abarcados, en un principio, por el concepto de pornografía infantil. También, ha sufrido múltiples modificaciones, debido a que el concepto se ve relacionado con el fin político-criminal que se pretende alcanzar; es decir, que el Estado dependiendo del fin que escoja (detener la distribución de pornografía infantil, que el consumo no deriva otras conductas delictivas, que no se incite a otros al consumo, entre otras) va a establecer una definición.

El segundo capítulo, como anteriormente se expresó, versará sobre la discusión jurisprudencial que se ha tenido en la Corte Suprema de Justicia de Colombia respecto de cuándo se entiende configurado el delito de pornografía infantil y los distintos elementos que conforman este delito. La Corte Suprema ha adoptado dos posiciones respecto del tema: la primera, que se puede observar en la Sentencia 47234 del 24 de octubre de 2019, M.P. Eugenio Fernández Carlier, en

una posición restrictiva, entiende que, para la configuración de esta conducta, esta debe ser realizada en un contexto de explotación sexual y también, que, gracias al libre desarrollo de la personalidad, un mayor de catorce (14) años puede escoger libremente su sexualidad y con esto, asumir cierta responsabilidad de las medidas de cuidado que debe tener. Esta posición se fundamenta en un Estado de Derecho, y entiende que otro tipo de disposición se consideraría autoritaria y pretendería la imposición de una moral colectiva.

Una segunda posición, que se puede observar en el Salvamento de voto de la sentencia 47234 del 24 de octubre M. Patricia Salazar Cuéllar, en una posición extensiva, considera que la protección penal no se debe limitar a los eventos de explotación sexual comercial, pues, debe incluirse supuestos de abuso sexual. Así, su exclusión podría desencadenar en la atipicidad de comportamientos, que, en su parecer, merecen ser sancionados penalmente. También, consideran que no es verdad que a partir de los catorce (14) años, cualquier persona puede disponer libremente de su sexualidad, pues, los órganos internacionales han entendido que un niño es la persona menor de 18 años. Un tema distinto es que un menor de edad, púber (entre 14 y 18 años), disponga de su sexualidad en un plano de igualdad.

Finalmente, se hará una reflexión de cual posición es acorde con lo que propugna la regulación sobre la pornografía infantil en el contexto jurídico penal colombiano.

En el tercer capítulo, a través de un modelo de legislación y revisión global sobre la pornografía infantil que incluye 196 países, se hará una comparación con la regulación colombiana. En ella se analizarán puntos, como: existencia de regulación de la pornografía infantil, definición de pornografía y la tipificación como delito de la posesión intencional de esta. Finalmente, se escogerá la regulación española y argentina como punto de referencia, para determinar la

utilidad que ha tenido la regulación colombiana y con eso poder identificar las mejoras que podría tener esta.

La metodología escogida en este trabajo de grado es el método hermenéutico y el método comparativo. En el primero, uno de los propósitos de la investigación es lograr una interpretación sistemática del delito de pornografía infantil, identificando su configuración y sus elementos. El segundo método, por su parte, nos ayuda a determinar la utilidad de la regulación, a través de una comparación con distintos sistemas jurídicos.

Capítulo I: El concepto de pornografía infantil y sus consecuencias en la política criminal.

Con el auge de la tecnología que se dio a finales del siglo XX, se logró una distribución de datos, información y contenido nunca vista. También se evidenció una carencia de control por parte de los órganos de estatales, debido que no había manera de regular de forma eficiente el contenido que podía circular en las redes. Lo cual, pudo generar un impulso en la difusión de la pornografía infantil.

Según el autor Fermín Morales (2001) entre los años sesenta y ochenta, se evidenció el inicio de lo que hoy es la pornografía infantil. Ante el comienzo de este fenómeno delictivo, distintos países tomaron la decisión de prohibir la producción, venta y difusión de pornografía infantil. Debido al impacto negativo que podía darse en los derechos de los niños, niñas y adolescentes (de ahora en adelante NNA).

Para poder entender este fenómeno, primero hay acotar el concepto de pornografía infantil. En un primer momento, se entendía que la pornografía infantil abarcaba todo comportamiento que se relacionara con manifestaciones sexuales que involucren menores de edad. Sin embargo, esta prohibición ha empezado a abarcar más y más comportamientos, que un principio no se entendían relacionados con esta y que ahora también se ha entendido como lesivas. Es por ello, que en la actualidad el concepto de pornografía infantil padece una de las patologías del lenguaje, llamada la vaguedad. Según el profesor Henry Solano (2016) la vaguedad consiste, sucintamente, en que no se ha establecido de manera adecuada los límites de un concepto y, por lo tanto, no hay claridad respecto de su definición.

La patología de vaguedad en el concepto de pornografía infantil se puede evidenciar en las distintas definiciones que nos ofrecen los distintos órganos supranacionales, como las Naciones Unidas o el Consejo de la Unión Europea.

Las Naciones Unidas en el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía ha entendido en el artículo 2, la pornografía infantil como (2000) “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”

Por otro lado, el Consejo de la Unión Europea en la Decisión marco 68/JAI determina que la pornografía infantil es:

“cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada, o imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada.” (2004)

Se coincide con la autora Ana Victoria Parra González (2016) en que la definición propuesta por el Consejo de la Unión Europea amplía el concepto de pornografía, pues, abarca la pornografía virtual, la pseudo/pornografía y la pornografía técnica. Es decir, que se incluye dentro del contenido representaciones, como: imágenes pornográficas de un adulto simulando ser un niño o montajes de imágenes de un niño en un contexto sexual, generado por medios técnicos u ordenador.

Es importante, en este momento, preguntarse hasta qué punto es necesaria la adición de otras conductas, distintas a la conducta original. Esto, debido a que, se incluye dentro de la prohibición comportamientos que no tienen afectación directa o afectan en menor medida a los NNA; en las representaciones hechas por adultos, al no estar involucrado ningún menor de edad, no se podría constatar una afectación que le interese controlar al ordenamiento jurídico; en el caso de los montajes insertados por medios técnicos, aunque se utiliza la imagen de un menor, la imagen original no representa ningún contenido sexual. También, el consumo y la tenencia de estas formas de pornografía no implican ningún tipo de afectación. Estas conductas, aunque podrían ser consideradas moralmente reprochables, se debe entender que no es trabajo del Derecho Penal imponer una determinada moral pública.

Estas conductas dentro del concepto de pornografía infantil implicarían una vulneración a los derechos fundamentales de intimidad y libre desarrollo de la

personalidad. Entendiendo el primero, como el derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre; el segundo, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico. Esto, porque al no constatarse una verdadera afectación o un daño antijurídico, se estaría imponiendo un determinado proyecto de vida, que podría no estar acorde con lo que las personas quisieran desplegar. Pues, esta forma de regular la pornografía infantil podría considerarse como una desviación del fin último de protección, que es la libertad, integridad y formación sexual de los NNA. Además, de la vulneración de derechos fundamentales también afecta distintos principios del derecho penal. Esta afectación se concentra en los principios materiales, que son aquellos que trazan los contornos de la materia susceptible de ser decidida por parte del titular de la potestad del ius puniendi, que junto a los principios formales permiten que no sobre todo se podrá decidir y no se sobre todo se podrá dejar tomar una decisión. (Ferrajoli, 2004)

Se afecta el principio de respeto por la dignidad humana, especialmente una de las consecuencias de este, que consiste en el postulado del respeto por la autonomía ética del ser humano. (Velásquez, 2009) Este postulado nos dice que el derecho penal no debe ser utilizado como instrumento para imponerle un modelo ideal de vida a la comunidad. Entendiendo esto, el Estado solo debe intervenir en la intimidad sexual cuando tenga que ver con los NNA, pero respecto de los casos que no los involucre, no debería pronunciarse, pues, las personas son libres de escoger sus preferencias sexuales y no tienen que estar sujetas a un modelo de vida impuesto por el Estado, siempre y cuando, no se involucre a estos sujetos de especialmente protección.

Por otro lado, se ve afectado el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Aunque, toda norma implica ciertos sacrificios o restricciones, estas no pueden penetrar el núcleo esencial de los derechos fundamentales (Bernal, 2005, pág. 77 y ss). En este caso se ven afectados los principios fundamentales de intimidad y libre desarrollo de la personalidad, como anteriormente se expresó. Entendiendo que el principio de proporcionalidad en sentido amplio está conformado por los

subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, estos también se ven vulnerados (Bernal, 2005, pág. 134 y ss).

El subprincipio de idoneidad, entendido como toda norma ha de ser un medio idóneo y útil para alcanzar un fin constitucional admisible (Solano, y otros, 2019); este se vería vulnerado, pues, aunque en un principio el fin es proteger a los NNA, la norma amplía la protección abarcando comportamientos que no afectan directamente los derechos de estos, es decir, el medio utilizado para proteger derechos no termina siendo razonable, porque incluye comportamientos que no son antijurídicos.

El subprincipio de necesidad implica que toda norma ha de ser un medio necesario para alcanzar un fin constitucionalmente admisible (Solano, y otros, 2019); en este caso, el medio no es necesario, porque en vez de abarcar comportamientos que afecten a estos sujetos de protección especial, incluyen comportamientos que están más cercanos a las preferencias sexuales que puede tener una persona adulta y, al derecho no le debería importar esto teniendo en cuenta el carácter de última ratio del derecho penal, pues, el Estado puede acudir a otros mecanismos de protección, cuando haya un daño antijurídico de los menores de edad.

Por último, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto significa, que la norma será proporcional si los sacrificios que la norma comporta en materia de derechos fundamentales se corresponden con las ventajas que con esos sacrificios se pretende obtener (Solano, y otros, 2019). Se puede observar cómo los sacrificios que comporta agregar estos comportamientos al concepto de pornografía infantil pueden afectar los derechos fundamentales de intimidad y libre desarrollo de la personalidad, y no se corresponde con las ventajas que se pretende obtener. Para la autora Esquinas Valverde (2006) aunque los fines político-criminales que pretende alcanzar el legislador, al crear el delito de pornografía infantil tienen que ver con disminuir el potencial criminógeno que implica el consumo, no está demostrado científicamente que pueda llevar a la perpetración de otras conductas relacionadas con el abuso de menores.

Ante las conductas desviadas la sociedad tiende a reaccionar, de tal forma que ni siquiera tiene que cumplir con las categorías del delito para tener una reacción negativa y desfavorable, como por ejemplo las relaciones sexuales entre mayores y menores de edad (mayores de 14 años), generando así un juicio de reproche más axiológico que jurídico, entendiendo que la relación no se dé en un contexto de explotación sexual o haya una remuneración económica de por medio. Aquí aparece el control social que va de la mano con la política criminal, como lo ha mencionado el autor Sebastián Scheerer (2016) el control social es algo íntimamente relacionado con el ser humano, que establece que este puede ser de acción o de reacción.

De acuerdo con la estructura del delito de pornografía infantil, se estaría ejerciendo más un control de reacción que de acción, ya que para que se del delito previamente ya hubo una afectación de los derechos de los NNA. El control social de acción busca que la sociedad asuma ciertos valores y asuma un comportamiento conforme a una escala axiológica mientras que el de reacción se presenta cuando el de acción ha fallado, cuando ya se realizó una conducta desviada, generando una etiqueta, una exclusión (Bustos & Hormazábal, 2004). Se debe cuestionar, qué tan efectivo puede ser el control social de acción en el delito de pornografía infantil respecto de las políticas criminales que tenga un determinado Estado.

En el contexto colombiano fue en virtud de los artículos 11 en su párrafo y 16 de la ley 1098 de 2006 y el artículo 6 del Decreto 1524 de 2002, donde se le asigna la responsabilidad al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (de ahora en adelante ICBF) de establecer medidas destinadas a prevenir el acceso de los menores de edad a cualquier tipo de pornografía. El ICBF expidió un informe, en el cual da unos criterios para señalar las páginas que contienen pornografía infantil.

Por lo que, el ICBF (2004) entiende por pornografía infantil “toda representación, por cualquier medio de comunicación, de un niño o niña menor de 18 años de edad (sic), o con respecto de niño o niña, involucrado en actividades sexuales reales o simuladas, de manera explícita o sugerida, con cualquier fin. (subrayado por parte del autor)” (pp.31) Además nos dice que la pornografía infantil se puede clasificar según los contenidos en: pornografía leve o suave (no hay actividad sexual

explicita, pero implica imágenes desnudas) y pornografía dura o fuerte (hay exhibición de acceso carnal y/o actos sexuales explícitos). También, nos dicen que el objeto de la prohibición de la pornografía infantil es evitar la cosificación sexual de los niños.

Aunque la definición dada por el ICFB incluye actividades simuladas, y pueden ser realizadas por adultos con aspecto de niño o niña; el Código Penal colombiano (de ahora en adelante CP) solo castiga las representaciones sexuales que sean reales donde se vea afectado un menor de edad. Esta regulación por parte del CP es acorde con lo expuesto anteriormente respecto de los derechos fundamentales de intimidad y libre desarrollo de la personalidad, ya que no vulnera el núcleo fundamental de estos, pero también protege a los NNA.

Es aceptado, que no se prohíba el consumo de la pornografía infantil donde no haya representaciones reales, sean imágenes creadas o donde solo participen adultos con aspecto de niña o niño. Independiente de cualquier consideración ética o moral. Pues, la Corte Constitucional en el año de 1994 desarrolla los conceptos de libre desarrollo de la personalidad, autonomía y libertad, según esta:

“que las personas sean libres y autónomas para elegir su forma de vida mientras ésta no interfiera con la autonomía de las otras, es parte vital del interés común en una sociedad personalista, como la que ha pretendido configurar la Carta Política que hoy nos rige.” (Corte Constitucional, sentencia C-221/94)

Dejando claro, que no tendría sentido prohibir conductas que no toquen la autonomía de otras. Se estaría desviando el objeto de protección de la pornografía infantil, que son los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En estas formas de pornografía, la única intimidad afectada sería la del consumidor. También, se estaría afectando el derecho a la intimidad, el cual garantiza y permite en las personas el poder contar con una esfera de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas; por lo que, la única afectación tendría que venir desde el ordenamiento jurídico y los derechos de los demás.

Para concluir este primer capítulo, podemos decir que cuando se incluyen tantos comportamientos dentro de un concepto, como sucede en la pornografía infantil, se puede perder de vista el objeto principal de protección del bien jurídico. Pues, la inclusión de más comportamientos no significa necesariamente que haya una mayor protección. Como se pudo evidenciar en este capítulo, se podría estar afectando los derechos fundamentales de la intimidad, libre desarrollo de la personalidad y autonomía de otras personas. Se estaría imponiendo una determinada sexualidad. También, se cree que el código penal es acertado al entender por pornografía infantil, representaciones reales, donde sí se puede evidenciar una afectación a los NNA.

Capítulo II. La regulación legal y análisis jurisprudencial del delito de pornografía infantil.

2.1. Regulación legal

Este capítulo se va a dividir en dos partes. En la primera parte, se va a analizar la evolución que ha tenido el delito de pornografía infantil en el ordenamiento jurídico, desde el Código Penal de 1936 hasta el Código Penal actual (Ley 599 de 2000), con sus respectivas modificaciones. En la segunda parte, se hará un análisis de las diferentes interpretaciones que ha tenido el delito de pornografía infantil por parte de la Corte Suprema de Justicia.

El profesor Francisco Bernate Ochoa (2020) nos enseña las distintas modificaciones que tuvo los Códigos Penales colombianos a través del tiempo. Primero, se encontró con la Ley 95 del 24 de abril de 1936, adoptado por el artículo único del Decreto 2300 del 14 de septiembre de 1936, por medio del cual se expidió el Código Penal de 1936. En su título XII – de los delitos contra la libertad y el honor sexuales, en ninguno de sus seis capítulos hace mención sobre el delito de pornografía.

La Comisión Redactora del Código Penal elabora el proyecto de ley el 5 de diciembre de 1979, mediante el cual se expide un Código Penal a través del Decreto Ley 100 de 1980. Mediante la Ley 360 de 1997 se modificaron algunas normas del Título XI - Delitos Contra la Libertad Sexual y la Dignidad Humana. En el artículo 13 de la Ley 360 se agrega el Decreto ley 100 el artículo 312 bis, donde se tipifica, por primera vez en el ordenamiento jurídico penal colombiano, la pornografía con menores. Este delito tuvo como verbos rectores: fotografiar, filmar, vender, comprar, exhibir o cualquier tipo de comercialización con material fotográfico en el que participen menores de edad.

En el año 1998 se presentó por parte de la Fiscalía General de la Nación el proyecto de ley, que tenía como pretensión la expedición del Código Penal, lo cual se logró mediante la Ley 599 de 2000. En la exposición de motivos, se explica que el nuevo Código tendrá un título de delitos contra la Libertad y Formación Sexuales, eliminando la expresión Dignidad Humana, que contenía el anterior Código Penal.

Esto con el ánimo de tipificar conductas que vulneran la educación sexual, como lo es el delito de pornografía con menores.

El delito de pornografía se consagró, en un primer momento, con los verbos rectores: fotografiar, filmar, vender, comprar, exhibir o cualquier comportamiento comercial con material pornográfico donde se visualice menores de edad.

La ley 1336 de 2009 reformó la ley 599 y adicionó la Ley 679 de 2001. Esta última ley versa sobre la lucha contra la explotación sexual, pornografía y turismo sexual donde la víctima son los menores. El artículo 36 de la Ley 1336 modificó el artículo 218 de la Ley 599 y actualmente permanece así:

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

Se agregó a la regulación original verbos rectores, como: grabar, producir, divulgar, ofrecer, poseer, portar, almacenar y transmitir. También, se agregó un elemento adicional al dolo, que consiste que sea para uso personal o para el intercambio.

El decreto 1524 de 2002, reglamentó el artículo de 5 de la ley 679 de 2001. El artículo 2 brinda una definición de pornografía infantil al ordenamiento penal:

Se entiende por pornografía infantil, toda representación, por cualquier medio, de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

No se va a hacer ningún tipo de referencia a la ley 890 de 2004 y a la ley 1236 de 2008. Pues, son leyes que modificaron la pena, y ese no es un aspecto relevante en esta investigación.

En el año 2017 se presentó el Proyecto de Ley 050, en el cual se formulaban los lineamientos de política pública para la prevención de delitos realizados a través de medios informáticos o electrónicos, en contra de niñas, niños y adolescentes; que

pretendía modificar el Código Penal. El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal (2017) explicó que el artículo 18º del Proyecto pretendía agregar además de las representaciones reales, también alteraciones que generen insinuaciones o cualquier tipo de actividad sexual. Esta implementación tenía como justificación la ampliación del ámbito de protección, en la medida que se entendería consumado el delito, en los casos en los cuales la conducta verse sobre cualquier tipo de alteración que genere algún tipo de insinuación sexual

También, el Comité advirtió, que la implementación de esta modificación implicaría la afectación del principio de tipicidad, pues, la expresión generar insinuaciones termina siendo ambigua y gaseosa. Debido que, no se puede determinar de forma clara por parte los aplicadores del derecho, el objeto sobre el cual debe desarrollarse los verbos rectores.

2.2. Jurisprudencia

Con el auge de las tecnologías y las redes sociales de los últimos 10 años, cada vez más se ha incrementado la realización de esta conducta y, por ende, denuncias por este mismo. De acuerdo, con el profesor Enán Arrieta y otros (2020) el año con más noticias criminales fue el 2018, con 1.303. Es un aumento significativo, pues, en el año 2005 solo hubo 22 denuncias por pornografía infantil. Lo que ha llevado, a que el delito de pornografía infantil sea un tema de discusión constante por parte de la doctrina, prestándose para que surjan distintas dudas respecto de la aplicación de este, generando discusiones jurisprudenciales en la Corte Suprema de Justicia. En este capítulo se va a hacer una recolección de las sentencias más importantes, para entender cómo debe ser la aplicación del delito de pornografía con menores de 18 años.

Se partirá de la sentencia 32554-2011 de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal, donde el Magistrado Ponente fue José Leónidas Bustos Martínez. Se puede destacar: primero, que el verbo rector *exhibir* comprende fines comerciales y el goce privado; segundo, según la Sala la voluntad del legislador era incluir tanto al que produce y negocia, como al que la compra, es decir, a los consumidores; tercero, que solo a partir de la Ley 1336 de 2009 es punible tanto la posesión como el

almacenamiento de material pornográfico, cualquier comportamiento que abarque esas dos conductas antes de la expedición de la ley se entenderán atípicas; por último, un aspecto probatorio, no será necesaria la prueba por parte de la medicina legal, para establecer la minoría de edad, debido a que se podrá deducir de otras evidencias.

La sentencia 39160-2012 de la Corte Suprema de Justicia, donde el Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca, explicó la importancia de la Ley 679 de 2001, la cual se expidió para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución. En su artículo 13 establece las acciones de cooperación internacional, como la inclusión de normas para prevenir y contrarrestar el abuso sexual de menores y la adopción de acuerdos internacionales. También, muestra la importancia de las convenciones que Colombia ha suscrito, como: la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (fue regulada a través de la Ley 12 de 1991). Donde se establece que los Estados Parte se deben comprometer a proteger a los niños de todas las formas de explotación y abusos sexuales, tomando las medidas que sean necesarias para impedir la impunidad de cualquier comportamiento relacionado con la explotación de los menores. La sentencia 47323-2019, donde el Magistrado Ponente fue Eugenio Fernández Carlier, toca temas similares respecto de la importancia de protección a los menores.

La Corte en el año 2013 explica el ámbito de aplicación del concepto de explotación sexual: “Es mucho más amplio que el de proxenetismo, incluye no solo la conducta del proxeneta, sino también aquella de los intermediarios y especialmente del ‘cliente’ abusador para el caso de los Niños, las Niñas y Adolescentes” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia – 40867 de 2013)

En la sentencia 48195 – 2016 de la Corte Suprema de Justicia, el Magistrado Ponente, Eugenio Fernández Carlier, adecua la interpretación de la expresión “comercial”, pues, para la afectación del bien jurídico no es necesaria que la demanda sexual, se de en un ámbito comercial, ya que el negocio jurídico celebrado

entre particulares para estos efectos, también se entenderá como comercial, que tendrá un objeto ilícito y es de interés para el ámbito penal.

La sentencia 47862-2017 de la Corte Suprema de Justicia, el Magistrado Ponente, José Luis Barceló Camacho, explica que el bien jurídico delimita la tipicidad, pues, cualquier comportamiento que no tenga la capacidad de vulnerarlo, deberá entenderse como atípico. En el caso penal evidenciado en este proceso, se observa que, aunque el comportamiento del procesado generó conflicto social, no resultó suficiente para entender vulnerado el bien jurídico de libertad, integridad y formación sexual de los menores. Esto relacionado con la exposición de motivos de la Ley 1329 de 2009 y del principio de la última ratio, pone de manifiesto que la explotación sexual infantil, se vuelve un criterio orientador para ponderar las conductas que encajan en Título IV. También, hace un llamado de atención debido a que la adopción de compromisos internacionales no puede conducir al sacrificio de garantías fundamentales, para cumplir con el fin de enviar un mensaje a la comunidad. Esta posición se reafirmó en el año 2018, por medio de la Sentencia 49654 de 2018 - Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

En la sentencia 45868 – 2019 de la Corte Suprema de Justicia, el Magistrado Ponente, José Francisco Acuña Vizcaya, explican los aspectos importantes relacionados con el delito de pornografía con menores de 18 años.

Primer elemento: será la descripción realizada por la Corte del tipo.

- El sujeto activo es indeterminado. Es decir, cualquier sujeto podrá realizar la conducta.
- En el sujeto pasivo se exige una connotación especial, se debe tratar de una persona menor de 18 años.
- Podrá verse afectado los bienes jurídicos de libertad, integridad y formación sexuales; también, podrá afectarse los derechos de intimidad, a la propia imagen y dignidad humana.
- El objeto sobre el cual recaen las conductas del artículo 218 del Código Penal serán las representaciones reales de actividad sexual. También, se

entenderá como un elemento normativo que limitará el alcance de la tipicidad de los comportamientos.

- Es un tipo penal completo, pues, describe las conductas prohibidas y sus respectivas penas. A pesar de que para su interpretación se requiere de otros ingredientes, no puede entenderse que sea un tipo penal en blanco, pues, solo se requiere un análisis para determinar cuáles son las representaciones reales de actividad sexual.

El segundo aspecto para tener en cuenta, son los componentes esenciales de la pornografía, que precisan el ingrediente normativo de representaciones reales de actividad sexual del artículo 218 del Código Penal:

- Un componente objetivo, que serán el comportamiento sexual explícito. Donde se deja claro, que la exhibición de los genitales se considera como conducta sexual, solo si se da un contexto sexual ofensivo, que vaya contra las normas morales locales.
- Un componente subjetivo, el material pornográfico debe estar destinado a la búsqueda de la excitación sexual.

De estos componentes, concluye la Corte que “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.”

También, se concluye que no son punibles en el ordenamiento:

- La pornografía infantil técnica, donde se aparenta ser menor de edad, pero solo es a través de medios tecnológicos que se logra ello.
- La pseudopornografía, donde hay imágenes de menores reales, pero que no participaron realmente de la actividad.
- La pornografía infantil artificial, consiste en dibujos o animaciones de cualquier forma, pero donde no hay ningún ser humano real.

Esta sentencia tuvo un salvamento de voto realizado por la Magistrada Patricia Salazar Cuellar y otros, en el cual se deja claro que para estos las representaciones de poses sugestivos de menores de edad, en determinadas circunstancias, sí constituyen pornografía infantil, pues, cumplirían con los criterios elementos de la pornografía infantil, por ejemplo: en el caso de que el material fotográfico se enfoque en sus zonas erógenas y los menores están desnudos. Este escenario podría activar sensaciones sexuales, por lo tanto, se cumpliría tanto el elemento objetivo y subjetivo de la pornografía. También, deja claro que la desnudes no da la connotación pornográfica, sino, la adopción de una postura sexualizada, pues, deja de ser un comportamiento natural.

En la sentencia 54227-2019 de la Corte Suprema de Justicia, el Magistrado Ponente, Luis Antonio Hernández Barbosa, determinó que la Fiscalía tiene que dar fe de donde se encontró el dispositivo que contenía el material pornográfico, el tenedor y la forma en que se cargaron al dispositivo. También, se debe acreditar el carácter pornográfico y la intervención que el acusado tiene en el material.

En la sentencia 47234-2019 de la Corte Suprema de Justicia, el Magistrado Ponente, Eugenio Fernández Carlier, explicó cómo se debe entender el concepto de explotación sexual de menores “la utilización de menores de dieciocho (18) años en actividades sexuales, pornografía infantil o adolescente y espectáculos sexuales en los que haya un pago o cualquier beneficio de otra índole para el menor o un intermediario” También, dejó claro que el consentimiento del menor es irrelevante. Reiteró, que la industria de la pornografía infantil es ilícita desde sus creadores hasta sus clientes.

Explicó que, a partir de los 14 años, como consecuencia del libre desarrollo de la personalidad, se podrá ser sujeto de solicitudes en temas sexuales. Pero, el tema es distinto respecto cuando el contexto que rodea la solicitud es de explotación infantil, pues, la protección será hasta los 18 años con fundamento en la vulneración de la autonomía y libertad en la explotación de los menores. Por lo que, justifica el trato diferente será el ingrediente normativo de la explotación sexual. También, se

niega la propuesta de que el bien jurídico habla sobre explotación sexual, con el ánimo de limitar la autonomía de los menores entre 14 y 18 años.

El alcance del tipo del artículo 219 A del Código Penal tiene una interpretación restrictiva, que obliga a los demás delitos contenidos en el Capítulo IV del Título IV a entenderse bajo el anterior contexto mencionado. Es decir, que todos los tipos (218 – Pornografía con personas menores de 18 años) contenidos van a requerir de un trasfondo de explotación sexual. Esto con el ánimo de que no se sancionen comportamientos que son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad. Pero, en el caso de la pornografía con menores de edad la concurrencia del elemento de explotación dependerá de una rigurosa evaluación de cada circunstancia, y el contexto de explotación sexual podrá abarcado en una sola acción, como lo que ocurre con el consumidor final, que es un integrante de la red de explotación sexual.

Esta sentencia tiene un salvamento parcial de voto de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, donde llama la atención de que el bien jurídico (Libertad, integridad y formación sexual) no debe limitar su entendimiento al contexto de explotación sexual, sino, que también debe incluir el acoso sexual. Pues, según la Magistrada la Ley 1329 de 2009 permite ampliar los ámbitos de punibilidad. También, dice que las personas de 14 años no pueden ejercer su sexualidad, sin ningún tipo de limitación, pues, a estas se les permite tener acercamientos sexuales, siempre y cuando, sea en un plano de igualdad.

La sentencia 52010 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia, el Magistrado Ponente, Luis Antonio Hernández Barbosa reitera, la posición de la Sala en la sentencia 46234-2019. Pues, en el caso concreto se estaba invocando únicamente situaciones objetivas para determinar el tipo penal, provocando un error en el análisis de estos. Pues, todas las conductas definidas en el Capítulo IV, son típicas solo si se realizan en un ámbito de explotación sexual.

Para concluir, se puede observar que la Corte Suprema acoge una posición restrictiva para entender el delito de pornografía con menores de 18 años, debido

que, entiende que el comportamiento se tipifica dentro de un contexto de explotación sexual.

Capítulo III. Derecho comparado en el delito de pornografía con menores.

Este capítulo se va a dividir en dos partes. En una primera parte, se va a hacer una comparación del modelo de legislación y revisión global sobre la pornografía infantil, donde se recoge información de 196 países¹, con la legislación colombiana. Este a su vez, se va a dividir en tres partes: existencia de regulación de la pornografía infantil, definición de pornografía y tipificación como delito. En una segunda parte, se hará un análisis de la legislación española y argentina sobre la pornografía, para así determinar la utilidad de la regulación colombiana.

3.1. Modelo de legislación y revisión global sobre la pornografía infantil

El Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados (ICMEC) (2016) tiene el objetivo de combatir la pornografía infantil, por medio del Modelo de Legislación, que intenta una aplicación eficaz de las leyes, para lograr una protección para los menores.

3.1.1. Definición de pornografía infantil

El ICMEC (2016) recomienda que la definición de pornografía infantil incluya representación visual o caracterización de menores involucrados, ya sea de forma real o simulada, de actividad o actos sexuales. Además, requiere que la legislación explique qué se entiende por conducta sexual simulada, conducta sexual explícita, exhibición lujuriosa y lasciva de los genitales. También, es necesario que se regule las distintas formas de pornografía infantil.

La Legislación Colombiana ofrece una definición de pornografía infantil en el artículo 5 de la Ley 679 de 2021. En esta definición abarca representaciones sexuales

¹ El IMEC desde el año 2006 ha desarrollado modelos de legislación, con el propósito de aumentar el entendimiento y permitir que los gobiernos promulguen legislaciones apropiadas para combatir la pornografía infantil. El primer informe revisó la legislación que abordó el tema de la pornografía infantil, en los entonces 184 países miembros de la INTERPOL. (Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados , 2016)

explicitas, reales o simuladas. Algunos de los elementos que recomienda el Modelo, se han explicado o interpretado jurisprudencialmente, al tratar de explicar el delito de pornografía de menores de 18 años.

3.1.2. Regulación de la pornografía infantil

El IMEC (2016) recomienda que dentro del contexto de pornografía infantil se incluya la definición de abuso sexual. También, se pide que haya conductas que pueda facilitar la creación u obtención de pornografía infantil.

En el contexto colombiano el Capítulo IV del Código Penal regula todas las conductas relacionadas con la explotación sexual, que podrían facilitar la creación u obtención de pornografía infantil, como, por ejemplo: la demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años (Artículo 217 A – Código Penal Colombiano). Aunque jurisprudencialmente se ha excluido el abuso sexual, ya que, la Corte Suprema de Justicia entiende que la pornografía con menores de 18 años solo se entiende tipificada cuando se da dentro de un contexto de explotación sexual.

3.1.3. Tipificación como delito

El IMEC (2016) entiende que la posesión intencional de pornografía infantil debe ser sancionada, sin importar la intención. Esto, se debe a que 41% de los poseedores de pornografía infantil en E.E.U.U. también había abusado sexualmente de un niño. Lo que podría frenar el crecimiento de la industria, y también prevenir abusos sexuales posteriores.

En Colombia, solo a partir del año 2009 se tipificó como ilícito la posesión de pornografía infantil. Pero, debe entenderse en un contexto de explotación sexual. Jurisprudencialmente la explotación sexual se ha ampliado, para que se configure con el acto de consumo.

3.2. Comparación con la Legislación Argentina y Española.

3.2.1. Legislación Argentina

El Profesor Pablo Gastón González (2019) explica como la legislación argentina realizó un cambio importante en la tipificación del delito de pornografía infantil a través de la Ley 27436 de 2018. A partir de la cual, se incluyó dentro de los comportamientos tipificados la mera tenencia en el delito de pornografía infantil, estableciéndose así:

Art. 128 - “Será reprimido con prisión de tres a seis años el que produjere, financiare, ofreciese, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores.

Será reprimido con prisión de cuatro meses a un año el que a sabiendas tuviere en su poder representaciones de las descritas en el párrafo anterior.

Será reprimido con prisión de seis meses a dos años el que tuviere en su poder representaciones de las descritas en el primer párrafo con fines inequívocos de distribución, comercialización.”

Lo primero a destacar es que se establecen distintos escenarios en los que se puede aplicar el tipo, para así poder castigar tanto al que la produce como al que la consume, que fue el objetivo del Legislador argentino con esta nueva ley, ya que, en la ley anterior solo se sancionaba al que la producía. Segundo, tiene un mayor ámbito de aplicación debido a que en Colombia, la pornografía infantil solo se encuentra tipificada en un contexto de explotación sexual, o por lo menos es la posición jurisprudencial vigente por la Corte Suprema.

Por último, en la legislación colombiana se puede evidenciar una mayor punición del delito de pornografía infantil, ya que las penas mínimas van de 10 a 20 años, con posibilidad de aumentar. En cambio, en Argentina va de 3 a 6 años, solo con posibilidad de agravarse si la conducta se realiza con un menor de 14 años.

3.3.2. Legislación española

La legislación española ha influido en muchos ordenamientos, como en el caso de Argentina, según el autor Pablo Gastón González (2019). El delito de pornografía infantil se encuentra tipificado en el artículo 189 del Código penal español. Según Florencia Sallent (2016) dentro del delito de pornografía infantil también se entiende como víctima además de los menores de edad, a las personas con discapacidad necesitadas de algún tipo de protección especial.

Los verbos rectores que conforman este delito en España son: captar, utilizar, elaborar, financiar, lucrar, producir, vender, ofrecer, distribuir, difundir o facilitar. Se puede encontrar una diferencia con el ordenamiento colombiano, donde se encuentra tipificada explícitamente el verbo rector de comprar.

3.3.3. Comparación

La académica Norma Isabel Bouyssuo (2015) hace una crítica al ordenamiento español, que también permea al ordenamiento argentino, ya que, el segundo se inspiró en el español. Pues, dentro del artículo se hace referencia al concepto de material pornográfico, esto puede llevar a ambigüedades pues, el concepto de pornografía tiene muchas acepciones y también es un concepto vago, debido que hay muchas formas de pornografía. Todo esto puede desembocar en la violación del principio de legalidad, específicamente el subprincipio de taxatividad, generando una dificultad al momento de aplicar el tipo penal y ese vacío, no podrá ser remplazado con modos de realización. En Colombia no se utiliza esta expresión, se utilizó la expresión representaciones reales de actividad sexual, lo cual permite que se realice una adecuación con mayor facilidad.

La profesora Patricia Esquinas (2006) critica a legislación española por el hecho de castigar la mera posesión o consumo de modo privado, debido a que se trata de una acción alejada en el tiempo y espacio, de la conducta que dio origen al material pornográfico y, por lo tanto, se pregunta por cuál es el bien jurídico que se pretende proteger. Pues, en su concepto el bien jurídico de la indemnidad sexual del menor, antes del consumo del material pornográfico, la conducta que lo lesionó se encuentra finalizada, por lo que hay una relación casi inexistente entre el consumo y la lesión del bien jurídico.

La misma autora en aras de encontrar una justificación para la legislación española, nos ilustra respecto del caso alemán, para luego hacer una comparación con la legislación de su país (2006). En Alemania desde el año 1993 se castiga la posesión de pornografía, con el argumento de la protección del menor de catorce años frente abusos por sujetos adultos. Un aspecto para destacar en la legislación de este país es que buscando eliminar el mercado de la pornografía infantil, se sanciona tanto la tenencia de pornografía infantil real, como la pornografía infantil simulada, técnica y virtual, teniendo como único criterio que sean imágenes de abuso sexual de menores; en Alemania a través de este marco tan amplio del concepto pornografía infantil, se busca contrarrestar el estímulo y la posible difusión pública, como privada en un grupo cerrado.

La Corte Suprema de los Estados Unidos (citada en Esquinas Valverde (2006, pág. 179) dice que los Estados no pueden prohibir la simple posesión de material pornográfico, debido que es una consecuencia implícita de la prohibición del material mismo. También, argumenta que se afectaría los derechos de autonomía y libertad, pues, no se debería prohibir conductas que se asemejan a otras que, si son ilícitas, con la finalidad de facilitar la punición de estas.

Otro argumento en contra del castigo de simple tenencia de la pornografía infantil, como se expresó en el primer capítulo, consiste en que no se puede justificar su prohibición con el argumento de que el consumo del material pornográfico incide en la realización de otras conductas abusivas, pues, como lo manifiesta la Profesora Esquinas Valverde (2006) no está demostrada científicamente ello, aunque

culturalmente puede resultar reprochable, no se constata una lesión al bien jurídico de indemnidad sexual. Pero, cuando el consumo se da dentro de un contexto de comunidad, esta tiende a reforzarse.

Para finalizar las diferentes críticas de la autora española (2006), concluye expresando que hay dos alternativas después de observar los argumentos anteriormente esbozados. Por un lado, cierto sector de la doctrina entiende que el fundamento del castigo de la simple tenencia se encuentra fundamentado, en otros bienes jurídicos independientes de la intangibilidad sexual, como lo son la dignidad e intimidad, de la propia imagen y el libre desarrollo de la personalidad, pues, el material pornográfico podría seguir generando efectos negativos a pesar de que ya se consumó la agresión sexual. El otro escenario, que es la postura de la Profesora Patricia Esquinas Valverde (2006) que hay un “excesivo alejamiento material y temporal respecto de la acción directamente ofensiva —la captación y elaboración de las imágenes junto con su difusión—, y, por lo tanto, su falta de peligrosidad suficiente para constituir un comportamiento con relevancia típica.”

Para poder entender los fines del Legislador respecto de la pornografía con menores, se analizó los motivos de la Ley 890 de 2004 que modificó la Ley 599 de 2000 (actual Código Penal) y se estableció que, frente a los delitos contra la Libertad, integridad y formación sexuales, que se encuentran en el título IV, se consagraran mayores sanciones debido a que el Estado colombiano no cumplía con la evolución político criminal, quedándose corto en la protección de ciertos derechos fundamentales. El Congreso considera que, ante la facilidad de acceso al internet, se ha ampliado el espectro del delito sexual generando nuevas formas de abuso, en las que no necesariamente se tiene un contacto, pero que generan una mayor inseguridad, lo que se busca son penas más severas y evitar beneficios para quienes hayan cometido delitos sexuales.

La ley 679 que adicionó y reformó el código penal, nos plantea que, aunque el internet ha logrado muchos avances, también les sirve cada vez más a los delincuentes sexuales para vivir en el anonimato, este peligro juntos con otros. No se había tenido en cuenta en las leyes colombianas hasta que se adoptó la ley 679

de 2001, con esta ley se dio paso a la producción de documentos técnicos para definir cuando estamos ante pornografía infantil.

En la sentencia 45868 de la Corte Suprema de Justicia, el Magistrado Ponente, José Francisco Acuña Vizcaya, se hizo referencia a los motivos de la Ley 1336 de 2009, para explicar por qué se abandonó el concepto material pornográfico y se acogió el elemento normativo de representación real de actividad sexual:

La evolución del art. 218 del C.P. muestra que el legislador quiso precisar el ámbito de aplicación del delito de pornografía con menores de edad, dada la dificultad para definir en qué circunstancias un documento que registre a un menor de edad podía ser catalogado como pornográfico; precisamente, por ser ese un juicio de valor indeterminado, altamente influenciado por la subjetividad del observador, la cual a su vez se ve afectada por prejuicios y perspectivas morales que de ninguna manera pueden justificar la punición en un Estado democrático de derecho. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 45868 de 2018)

Dejando claro que la actividad sexual es un elemento normativo, que debe comprenderse acudiendo a diversas normas que regulan las diferentes formas de actividad sexual, debido a que en estas se comprenden visiones y consensos sobre aspectos culturales, y estos terminan influyendo en la sexualidad humana.

También, en esa sentencia se hizo referencia cuál era el propósito de la legislación vigente respecto de la regulación de la pornografía infantil: “Las nuevas dinámicas de la explotación sexual comercial infantil obligan al Congreso de la República a adoptar medidas legislativas que propendan por la prevención y por contrarrestar cualquier forma de violencia contra los niños, niñas y adolescentes. (Proyecto de Ley N° 109/07-Cámara (N° 324/07-Senado))”

Para concluir, sí el fin que persigue el Estado colombiano es la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la forma en que se reguló la pornografía podría entenderse como adecuada ². Pues, a comparación de la legislación argentina, la colombiana no es ambigua en el concepto de esta y

² No se está analizando la magnitud de la pena ni la cantidad de tiempo de las condenas, debido a que no ha sido el objeto de este trabajo.

especifica el contexto en el que debe ser entendida, debido que en Colombia se limitó el concepto, solo a las representaciones reales de actividad sexual. Pero, si el Estado a través del Congreso tiene como fin ampliar el concepto de pornografía y su regulación, ya se estaría desbordando el ámbito de protección a los NNA y podría entrar en la misma discusión en la que se encuentra España respecto de la incertidumbre de cuál es el bien jurídico que de verdad se quiere proteger, pues, aunque puede hacerse muchas valoraciones respecto de las personas que pueden recaer en esas conductas reprochables, no es el Derecho Penal el que deba tener dicha tarea, y se estaría inmiscuyendo en la autonomía de las personas. Si el Estado colombiano quiere tener una legislación eficiente, no es la magnitud ni la forma de la pena en la que se debe concentrar, sino, en la certeza de su imposición, siendo importante recordar al autor clásico Cesare Beccaria (2017) “No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas... La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre una mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad”.

Conclusiones

El concepto de pornografía infantil debería estar reducido solo a comportamientos reales, donde haya una vulneración de derechos hacia los menores. La ampliación del ámbito de protección, con la inclusión de más conductas o formas de contenido pornográfico no implica una mayor protección. Debido que, en caso de que se amplié el concepto de pornografía infantil podría empezar a afectar derechos fundamentales como la intimidad y libre desarrollo de la personalidad, pues, se estaría imponiendo una determinada visión moral, que no estaría acorde con los valores que pueda asumir cada persona, ya que se estaría yendo en contra de los principios del derecho penal.

La Corte Suprema de Justicia ha entendido que solo podrá configurarse el delito de pornografía con menores de 18 años, en un contexto de explotación sexual. Se consideración una interpretación adecuada, pues, como se manifestó en la aclaración de voto 51478-2020 de la Corte Suprema de Justicia, del Magistrado Eugenio Fernández Carlier por vía hermenéutica, en materia penal, las sentencias de las altas cortes, tribunales y juzgados no pueden “ampliar la punibilidad” ni hacer interpretación “analógica in malam partem” haciendo referencia a la sentencia C-645-2012 de la Corte Constitucional.

En comparación con otros países, hasta el momento, en Colombia podría entenderse como adecuada la regulación de la pornografía con menores, pues, ofrece un concepto restrictivo, al reprochar y castigar solo las representaciones reales, castigando tanto el que la produce como al que la consume con fines de explotación. En esa línea, es adecuada la interpretación de las Altas Cortes, de

entender que este delito solo se puede dar en un contexto específico. Pero, en caso de que se abarquen comportamientos donde no se afecten derechos de NNA, en vez de una protección a estos, se estaría afectando los derechos de otros sujetos, vulnerando así su libre desarrollo de la personalidad además de que se estaría intentando imponer una moralidad.

Referencias

Libros

- Beccaria, C. (2017). *De los delitos y de las penas* . Medellín : Nuevo foro .
- Bernal, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador.* . Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. .
- Bernate, F., & Sintura, J. (2020). Historia de los códigos penales, procedimiento penal y penal militar en Colombia . *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* .
- Bustos, J. J., & Hormazábal, H. (2004). *Nuevo sistema de Derecho Penal* . Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil.* . Madrid : Trotta.
- Solano Vélez, H. (2016). *Introducción al estudio del derecho.* Medellín : Editorial Universidad Pontificia Bolivariana .
- Solano, H., Duque, A., Díez, M., Arrieta, E., Estrada, S., & Monsalve, J. (2019). *Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal* . Medellín : Universidad Pontificia Bolivariana .
- Scheerer, S. (2016). *Derecho penal y control social. Ensayos Críticos.* Ad hoc.
- Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal. Parte General.* Medellín: Comlibros.

Artículos de revista

- Arrieta-Burgos, E., Duque-Pedroza, A., & Díez- Rugeles, M. (2020). Delitos sexuales en contra de menores de edad en Colombia: caracterización criminológica y políticocriminal. *Criminalidad*, 247-274
- Esquinas Valverde, P. (2006). El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el código penal español (ART.189.2.): razones para su destipificación. *Revista de derecho penal y criminología* , 180-181.

Parra González, A. V. (2016). Pornografía Infantil. Contexto Socio/Criminológico y Jurídico . *Revista de trabajo social* , 27-28.

González, P. (2019). Inconvenientes en la tipificación e investigación del delito de pornografía infantil (Artículo 128 de Código Penal Argentino). *Derechos en acción* .

Fermín, M. (22 de Noviembre de 2001). *Pornografía infantil e Internet*. Obtenido de <https://www.uoc.edu/>: <https://www.uoc.edu/in3/dt/20056/index.html>

Tesis de grado:

Bouyssou, N. (2015). *Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

Sallent, F. (2016). *La pornografía infantil a través de las redes informáticas. Responsabilidad, tenencia y distribución dentro del Derecho Penal Argentino*. Universidad siglo 21 .

Conceptos:

Consejo Superior De Política Criminal . (2017). *Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 050 de 2017*.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar . (2004). *Criterios de clasificación de páginas en Internet con contenidos de pornografía infantil* . Bogotá D.C .

Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados . (2016). *Pornografía Infantil: modelo de legislación y revisión global* . Centro Internacional para Niños Desaparecidos y Explotados .

Protocolos:

Consejo de la Unión Europea . (2004). *Lucha contra la explotación sexual de la infancia y la pornografía infantil*.

UNICEF . (2000). *Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.*

Normas

Colombia. Congreso de la República. Ley 1098 (2006). Por la cual se expide el Código de infancia y adolescencia.

Colombia. Congreso de la República. Ley 599 (2000). Por la cual se expide el Código penal.

Colombia. Congreso de la República. Ley 679 (2001). Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores.

Colombia. Congreso de la República. Ley 1336 (2009). Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. (2011) Bogotá D.C. Sentencia Rad.32554. Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez.

Corte Suprema de Justicia. (2012) Bogotá D.C. Sentencia Rad.39160. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Corte Suprema de Justicia. (2013). Bogotá D.C Sentencia Rad.40867. Magistrada Ponente: María del Rosario González Muñoz

Corte Suprema de Justicia. (2016) Bogotá D.C. Sentencia Rad.48195. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia. (2017) Bogotá D.C. Sentencia Rad.47862. Magistrado Ponente: José Luis Barceló Camacho.

Corte Suprema de Justicia. (2018) Bogotá D.C. Sentencia Rad. 49654. Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia. (2019) Bogotá D.C. Sentencia Rad.45868. Magistrado Ponente: José Francisco Acuña Vizcaya.

Corte Suprema de Justicia. (2019) Bogotá D.C. Salvamento de voto Rad.45868.
Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar

Corte Suprema de Justicia. (2019) Bogotá D.C. Sentencia Rad. 54227. Magistrado
Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Suprema de Justicia. (2019) Bogotá D.C. Sentencia Rad.47323. Magistrado
Ponente: Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia. (2019) Bogotá D.C. Salvamento parcial de voto.
Rad.47323. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar.

Corte Suprema de Justicia. (2020). Bogotá D.C. Sentencia Rad.52010. Magistrado
Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Suprema de Justicia. (2020). Bogotá D.C. Aclaración de voto. Rad.51478.
Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier.

Corte Constitucional. (2012). Bogotá D.C. Sentencia C—645

Motivos de ley:

Colombia. Congreso de la República. Gaceta 139 (1998)

Colombia. Congreso de la República. Gaceta 10 (1999)

Colombia. Cámara de Representantes. Gaceta 426 (2007)

Colombia. Cámara de Representantes. Gaceta 592 (2007)

Colombia. Cámara de Representantes. Gaceta 349 (2008)

Colombia. Congreso de la República. Gaceta 828 (2008)

