

La explotación como elemento del tipo de pornografía infantil: Análisis del artículo 218 del Código Penal a la luz de la jurisprudencia colombiana*

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia SP 2545-2020, RAD. 52010 (22 de julio de 2020) MP. Luis Antonio Hernández Barbosa. Aprobado en acta No. 149.

Hernán Felipe Murcia Gutiérrez**

Recibido: 16 de mayo 2022. Aceptado: 28 de junio de 2022.

Resumen

La Corte Suprema de Justicia no ha sido clara en la forma en cómo se debe tratar el concepto de “explotación sexual” cuando se trata del delito de pornografía infantil, causando que haya inconsistencias y contradicciones entre lo que está plasmado en la norma y lo que deberían interpretar los jueces. Este texto tiene como propósito estudiar el tipo penal de pornografía infantil en el ordenamiento colombiano, haciendo un paso por los debates políticos que causaron la creación del tipo, los cambios que ha sufrido el tipo y la línea jurisprudencial que actualmente ha planteado la Corte Suprema de Justicia. El análisis aquí realizado sirve para comprender los motivos que llevaron a la Corte a interpretar el tipo penal de esta forma y muestra que la falta de políticas públicas especializadas en Colombia causa un desorden normativo, afectando, en este caso, a poblaciones especialmente vulnerables como lo son los menores de edad.

Palabras clave

Pornografía infantil, explotación sexual, tipo penal, edad de consentimiento.

* Artículo de reflexión

** Abogado de la Universidad de los Andes, Bogotá - Colombia. Correo: hf.murcia@uniandes.edu.co

UNA Rev. Derecho (En línea). Vol. 7 (1). Julio 2022. e-ISSN2539-5343.

Sexual Exploitation as an element of the Felony of Child Pornography: Analysis of the 218 article of the Penal Code through the Colombian Jurisprudence.*

Hernán Felipe Murcia Gutiérrez**
Received: May 16, 2022. Accepted: June 28, 2022.

Abstract

The Supreme Court of Justice has not been clear of the way the concept of “sexual exploitation” should be interpreted when we are talking about the felony of child pornography, causing inconsistencies and contradictions between what the law says and what the judges should interpret. The purpose of this text is to study the felony of child pornography in the Colombian ordering, making a route through the politic debates that created the felony, the changes it has suffered and the jurisprudential timeline that the Supreme Court of Justice has established. This analysis serves to comprehend the motives that the Court considered to interpret the felony in this way and shows that the lack of publics politics that specialize in Colombia causes a mess between the norms affecting, in this case, a group of special vulnerability such as the minors.

Keywords

Child Pornography, Sexual exploitation, felony, age of consent

* Reflection Article

** Lawyer from Universidad de los Andes, Bogotá - Colombia. Email: hf.murcia@uniandes.edu.co

Introducción

La protección de los menores se ha materializado en el ordenamiento jurídico mediante el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, siendo un deber constitucional del Estado. Ahora, en materia de delitos sexuales, se ha hecho una diferenciación, castigando cualquier conducta de índole sexual cuando se esté en presencia de un menor de 14 años, mientras que respecto de ciertos delitos se penalizará cuando la conducta esté dirigida a menores de 18 años. Los delitos de acto sexual abusivo y pornografía con menor de 18 años muestran esta diferencia. Asimismo, la edad de consentimiento en materia sexual y la de la mayoría de edad, al ser diferentes, han causado problemas a la hora de imputar delitos sexuales cometidos en contra de menores.

Por otro lado, el acceso a redes sociales y la expansión del internet han generado grandes beneficios para la comunicación, permitiendo a las personas conectarse para eventualmente conocerse o simplemente compartir gustos, aunque no sin riesgos. La gente puede usar el anonimato para cometer crímenes, como la pornografía infantil. Además, las mismas redes han desdibujado cada vez más los límites impuestos según la edad para acceder a distintos contenidos y/o redes sociales, y ha disminuido la barrera de protección frente a actos de terceros que afecten la intimidad. La mensajería instantánea ha permitido entablar conversaciones con menores de edad con el propósito de solicitarles favores de índole sexual (“grooming”), quedando las evidencias a disposición del perpetrador, como fotos o videos, que antes no eran tan comunes porque estos comportamientos se hacían solamente de manera presencial, siendo delitos que normalmente ocurrían a puerta cerrada.

La Corte Suprema de Justicia (en adelante “CSJ”) no ha sido clara en el tratamiento que se le debe dar a estas fotos y contenidos, cometiendo errores al entender el delito de pornografía infantil, exigiendo el propósito de explotación sexual como elemento del tipo en todos los casos. En este orden de ideas, este texto pretende poner en evidencia de qué manera se ha abordado el delito de pornografía con menor de 18 años en el ordenamiento colombiano, haciendo una interpretación sobre la debida tipificación del delito, a partir del análisis de la sentencia SP 2545-2020, RAD 52010 (22 de julio de 2020).

Para lo anterior, se seguirá la siguiente estructura: (i) Sentencia a analizar; (ii) Planteamiento del problema; (iii) Pornografía infantil en el ordenamiento nacional y en el derecho internacional (iv) Análisis; y (v) Conclusiones.

Sentencia por analizar (SP 2545-2020, RAD 52010¹)

Hechos Relevantes

Los hechos analizados en la sentencia sucedieron en diciembre de 2013, cuando los padres de L.M.B.P. se percataron de que su hija de 13 años guardaba en su teléfono celular diálogos e imágenes que intercambiaba con el rector de su colegio, V.H.A.R., los cuales tenían un contenido sexual explícito. Según los hechos narrados en la sentencia, todo comenzó cuando la menor le pidió al rector que le enseñara sobre temas sexuales que por su edad no conocía, surgiendo desde allí un trato íntimo entre ellos.

Hechos Procesales

El diez de abril de 2014, ante el Juez Quince Penal Municipal de Bogotá, la Fiscalía le imputó a V.H.A.R. el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años a título de autoría, agravado por la circunstancia prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal², en concurso con el delito de pornografía descrito en el artículo 218 del mismo código. El 3 de agosto de 2016, el Juzgado condenó al acusado como autor del concurso de delitos.

El 27 de septiembre de 2017, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la decisión que fue apelada por la defensa. Contra esta decisión, la defensa interpuso dentro del término legal el recurso extraordinario de casación. El recurso fue inadmitido, pero la CSJ decidió de oficio estudiar el concurso de los actos sexuales abusivos con menor de 14 años y la pornografía infantil.

Procedencia de la Casación Oficiosa

La CSJ, en virtud del artículo 184 de la Ley 906 de 2004³, atiende a los fines del recurso extraordinario de casación y decide tratar los temas que considera relevantes, aunque no fueron propuestos en la demanda de casación. En este orden de ideas, en el auto que inadmitió la demanda, la Corte se refirió a la necesidad de estudiar la posible infracción de la ley al subsumir la conducta del imputado en dos tipos penales, debido a una “incorrecta interpretación e inadecuado manejo del concurso de conductas delictivas”.

La CSJ admite que se probó que entre el imputado y la menor hubo un intercambio de mensajes (vía celular) y concluyó que se adecua a los tipos penales de actos sexuales abusivos (Art. 209, Cod. Penal) y pornografía infantil (Art. 218, Cod. Penal). Sobre lo anterior, sostuvo que encontró plenamente acreditado que el procesado, al enviarle mensajes obscenos y de alto contenido sexual, además de enviarle imágenes del miembro viril, incurrió en el delito de actos sexuales con menor de 14 años, “ya que se

1 Corte Suprema de Justicia. SP 2545-2020 del 22 de Julio de 2020. Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa.

2 La circunstancia de agravación prevista en el numeral 2 del artículo 211 del Código Penal consiste en que el responsable tenga cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza. Se fundamenta en un mayor desvalor de exigibilidad en razón a que el sujeto era el padre del colegio

3 Ley 906 de 2004, Agosto 31 de 2004, Código de Procedimiento Penal, *Diario Oficial No. 45.658*

pervirtió la inocencia propia de una niña” de 13 años, al llevar a cabo prácticas sexuales e inducirla a que se tomara fotos de la vagina y de los senos, las cuales envió al celular del rector.

Mientras que, sobre el delito de pornografía infantil, concluyó que se cumplió el supuesto de hecho establecido en la norma. Lo anterior, ya que el procesado portaba en su celular fotografías de la menor de edad con contenido sexual, las cuales fueron enviadas por ella. La CSJ indicó que si se hace una lectura meramente objetiva de los tipos penales se puede realizar una errónea adecuación típica. El fiscal indicó que las imágenes y los videos de contenido sexual son el sustento tanto para el acto sexual abusivo agravado como para el delito de pornografía, dándole una mayor connotación a un único injusto. Bajo esta idea, la CSJ agregó que no se analizan los tipos penales y su interferencia con el bien jurídico, sino que se aplicó un concurso mecánico⁴.

Además, la Corte concluyó que la agresión sexual se puede definir como el contacto físico o virtual que no trasciende la intimidad del acto entre dos personas, mientras que la pornografía lleva implícita la idea de explotación, y a falta de esta no se puede concluir que se consuma el tipo penal.

Ya para terminar, la CSJ afirmó que para concursar los delitos de abuso sexual y pornografía se requiere probar que el autor obró con las finalidades de abusar y explotar sexualmente a la menor, finalidades que no encuentra probadas en el caso concreto. La CSJ complementa lo anterior afirmando que se trata de una sola acción, con una única finalidad y contra un mismo bien jurídico, lo que indicaría que hay un concurso aparente donde las fotos son un rezago de la conducta de abuso sexual, siendo un acto posterior copenado e imputando solamente el acto sexual abusivo agravado.

Planteamiento del problema

La sentencia analizada hace uso del precedente jurisprudencial (en específico la Sentencia SP4573-2019⁵) para justificar la necesidad del ambiente de explotación sexual para la aplicación del tipo penal del artículo 218 C.P. Dicho esto, la forma mecánica en la que aplica este argumento está desconociendo los fundamentos dados por la CSJ en la sentencia en cuestión, argumentos que por su importancia se tratarán después y, además, ignora el hecho de que la menor tenía menos de 14 años. Por lo anterior, se encuentran dos problemas a abordar: (i) la aplicación de la pornografía infantil cuando el sujeto pasivo son los menores de 14 años y, (ii), la interpretación de la CSJ al tipo penal cuando el sujeto pasivo es un mayor de 14 años.

Sobre el primero, la sentencia a analizar menciona explícitamente que la única forma de concursar los delitos es si se cuenta con dolo de abusar y con dolo de explotación, olvidando que la menor tiene menos de la edad con la que le está permitido consentir, por lo que su consentimiento es ilegal aunque

⁴ Un concurso mecánico es una terminología usada en la sentencia para referirse al hecho de decir que dos conductas deberían ser concursadas sin tener en cuenta la afectación del bien jurídico o el propósito del tipo, limitándose exclusivamente a leer los tipos y aplicarlos.

⁵ Corte Suprema de Justicia. SP4573-2019 del 24 de octubre de 2019. Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier.

pueda ser existente. Por otro lado, la necesidad del ambiente de explotación ha sido un concepto cambiante dentro de la jurisprudencia de CSJ, por lo que se puede predicar que hay incongruencias dentro de las posturas adoptadas por la Corte. Para solucionar los anteriores problemas, es necesario entender cómo el tipo se enmarca en el ordenamiento colombiano y cómo han sido sus diversos cambios, para continuar con una explicación del bien jurídico tutelado y hacer las conclusiones correspondientes.

Pornografía infantil en el ordenamiento nacional y en el derecho internacional

Antecedentes legislativos

El texto original (Ley 599 de 2000⁶) sobre pornografía con menores consagraba:

Artículo 218: El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad (...) (Código Penal, 2000)

Este texto sufrió modificaciones en virtud de la Ley 890 de 2004⁷, que aumentó las penas de toda la parte especial del Código Penal. Después, la Ley 1236 de 2008 volvió a reformar la condena e hizo aclaraciones sobre el agravante del segundo párrafo, indicando de qué forma se entenderá el concepto “integrante de la familia”.

Posteriormente, la Ley 1336 de 2009 amplió de 6 a 13 los verbos rectores y agregó la frase “para uso personal o intercambio” (Congreso de la República, 2009). Además de lo anterior, se cambia la frase “material pornográfico” por “representaciones reales de actividad sexual” y se agrega una nueva forma de consumir el tipo, que es alimentar bases de internet con pornografía infantil, sin importar si se tiene ánimo de lucro (ibidem). La necesidad de los cambios solo se puede ver si se analizan los antecedentes legislativos y el proceso que llevó a la aprobación de la reforma.

Debate en la Cámara

El proyecto de ley 107 de 2007, presentado en la Cámara de Representantes por el Partido Colombia Democrática, tenía como propósito combatir la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores. Con este proyecto, los representantes a la Cámara reconocieron los beneficios que trae el internet, pero también los peligros que representa para los menores, donde “delincuentes sexuales” se valen del anonimato aparente que ofrece la red para contactarlos (Congreso de la República, 2007).

Es así como, para los representantes, era necesario combatir estos fenómenos delincuenciales desde

⁶ Ley 599 de 2000, 24 de julio de 2000. Código Penal. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*

⁷ Ley 890 de 2004, 7 de julio de 2004. Por el cual se modifica y adiciona el Código Penal. *Diario oficial No. 45.602*

varios enfoques, a través de una solución tripartita: (i) a nivel técnico preventivo, enfocado en sistemas de autorregulación de bases de datos y trabajo de expertos para combatir este fenómeno; (ii) a nivel internacional, enfocado en tomar medidas de cooperación con otros países como la extradición; y (iii) a nivel nacional, mediante la creación de líneas policivas enfocadas únicamente en ayudar a menores, y la creación y modificación de delitos por parte del órgano legislativo.

Sobre la tipificación, la propuesta se refería a crear el artículo 219 sobre turismo sexual y agregar el artículo 219b, donde se sancionaba el almacenamiento e intercambio de pornografía infantil. Sobre el último delito, la propuesta tenía el siguiente texto:

Quien almacene pornografía infantil para uso personal o intercambio por medios físicos o electrónicos será sancionado con 2 a 4 años de prisión.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

Más adelante, la Defensoría del Pueblo recomendó que el ICBF participara en el proceso de verificación de contenidos técnicos, además de que vigilara que las actividades realizadas estuvieran enfocadas a garantizar el Plan Nacional para la Erradicación de la Explotación Sexual de Niños, Niñas y Adolescentes.

Debate Senado

Gaceta Judicial 639 de 2008

En esta gaceta se traen de nuevo los objetivos del proyecto, siendo uno de estos combatir la explotación, la pornografía y el turismo sexual, agregando que los riesgos que traen las nuevas tecnologías no fueron considerados por el legislador del 2000, siendo esta una oportunidad para ofrecer respuestas a algunos vacíos legislativos y falencias generales (Congreso de la República, 2008).

Es así como, en los cambios propuestos en el pliego de modificaciones, el Senado consideró que el artículo 26, por el cual se creaba el artículo 219b del Código Penal (almacenamiento e intercambio de pornografía infantil) debía armonizarse con el artículo 218 del mismo, por lo que sugirió complementar el último mediante la adición de los verbos rectores y cumplir así con las obligaciones del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez (ratificado por Colombia en el 2002) (ibidem).

Por lo anterior, el artículo que se propuso quedó así:

Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de activi-

dad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad incurrirá en prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de ciento treinta y tres (133) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

Es así como queda eliminado el artículo 219b y la conducta que se pretendía sancionar con la creación de este tipo penal, pasa a hacer parte del delito de pornografía con menor de 18 años (Gaceta judicial 639 de 2008). Estos cambios se materializaron en la reforma al artículo 218 del Código Penal.

Elementos del delito de pornografía con personas menores de 18 años

A continuación, se tratarán los elementos del tipo penal que son fundamentales para analizar la problemática objeto de este texto. Dicho esto, el primer tema es la estructura de la acción ya que hay varios tipos rectores que permiten que se consume el tipo penal.

Se trata de un tipo compuesto de conducta alternativa ya que contienen varios verbos rectores que en sí constituyen varias formas de realizar el tipo, sin ser necesario que el sujeto activo realice todas las conductas señaladas para que le sea imputable el delito⁸. Los verbos rectores son: fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar, almacenar, transmitir o exhibir.

Sobre la utilidad de la cantidad de verbos rectores que consagra el tipo, para algunos autores hay profundas discusiones. Por un lado, Carlos Castro Cuenca⁹, considera justificable la penalización de todos estos tipos de conducta en tanto se vulnera el bien jurídico de libertad, integridad y formación sexual del menor con la sola realización de los actos sexuales, independientemente de que se haga el registro filmográfico o no¹⁰, es así como, es necesario la cantidad de verbos rectores ya que si se limita a la filmación se podría afectar el bien jurídico y no ser castigado.

Por otro lado, autores como William Torres Tópaga¹¹, sostienen que se excedió el ámbito de protección del bien jurídico al sancionar conductas como el ofrecimiento, la transmisión, la venta y la comercialización ya que si lo que se pretende es proteger al menor de edad y su integridad sexual, estas sanciones no logran el propósito y solo constituyen un exceso por parte del legislador¹².

8 Posada Maya, Ricardo. *Delitos contra la vida y la integridad personal, Delitos de homicidio, feminicidio, genocidio y otras infracciones*. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), (Bogotá, Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez, 2009), 27-74.

9 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal: parte especial (Segunda edición.)*. (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2018)

10 Ibid.

11 Torres Tópaga, William. *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Texto contenido dentro de Bernal Cuéllar, J., & Urbano Martínez, J. J. Lecciones de derecho penal: parte general (Tercera edición.)*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019)

12 Ibid.

Continuando, según el bien jurídico, dependiendo de cómo se cometa, será monofensivo o pluriofensivo. Si el delito se da de manera presencial, el delito será monofensivo ya que solo se protege la libertad, integridad y formación sexual del menor, por otro lado, si se hace por medios informáticos, también se vulnera la seguridad de la información, los datos personales de contenido sexual y las funciones informáticas¹³. Debido a la importancia del bien jurídico se hará más adelante un análisis profundo y se explicará como funciona, para poder comprender como protege el delito la libertad, integridad y formación sexual de los menores.

Ya para terminar, el dolo ha sido un tema de discusión para varios autores, la frase para intercambio o para uso propio nos muestra una finalidad adicional, por lo que sería un tipo de tendencia. Sobre la anterior postura, autores como Castro Cuenca creen que no es relevante para el tipo si se tiene ánimo de explotación o si es para uso personal, el autor sostiene que debe primar el bien jurídico tutelado, como lo serían los derechos sexuales del menor, por lo que no son relevantes los fines y no se puede declarar que es atípico cuando no se encuentre alguno de estos presentes¹⁴.

Por su parte, en materia internacional la explotación sexual es entendida como una actividad ilegal mediante la cual una persona es sometida a realizar actividades sexuales sin su consentimiento, por la cual un tercero recibe una remuneración económica. Dicho esto, la explotación tendría de manera intrínseca la idea de obtener un beneficio económico. Por otro lado, la frase fines propios es definida por la Real Academia Española (RAE) como “el objeto o motivo con que se ejecuta algo”, indicando que el obtener un provecho económico es un fin, pero no todos los fines tienen un provecho económico.

Sobre la pornografía infantil en la jurisprudencia colombiana penal

Analizados los antecedentes del tipo y su estructura es necesario acudir a pronunciamientos de las Altas Cortes ya que desarrollan en mayor medida el tipo, dándole un alcance diferente al que podría tener en principio. Dicho esto, se procederá a recopilar las sentencias más importantes en materia de pornografía infantil y cuáles fueron las reglas jurídicas.

Sentencia SP4573-2019

La CSJ se propone analizar los delitos en contra la libertad, la integridad y la formación sexual con-

13 Posada Maya, Ricardo. *¿Delincuencia sexual virtual? Una aproximación desde la revolución tecnológica. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de octubre de 2019, rad. No. 47234, MP: Eugenio Fernández Carlier. Aprobado en acta no. 284. Estudios Críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia T. 8*, RICARDO POSADA MAYA & FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ & MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ (Coords.) / et al. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), (Bogotá, Ed. Uniandes. Universidad Sergio Arboleda, Ed. Ibáñez, 2021), 431-478.

14 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal*

tenidos en el título IV del Código Penal. Indicando, primero, que los instrumentos que se usan para los ofrecimientos sexuales no son relevantes, y concluye que no debe haber una diferencia sustancial entre corromper a un niño en persona y hacerlo por carta, teléfono u otros medios de comunicación.

La Corte entiende que la explotación de los menores es la utilización de menores de 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. Además, concluye que los ofrecimientos a menores de 14 años deben calificarse como actos sexuales abusivos en su modalidad de inducir.

Más adelante decide que es necesario hacer una interpretación sistemática de los delitos del capítulo IV del título IV de la Parte especial del Código Penal (de la explotación sexual), concluyendo que el alcance de lo que dispone el artículo 219A debe ser coherente con las demás descripciones típicas con idéntico bien jurídico.

Ahora, sobre el artículo 218, establece que le es exigible al tipo penal el ambiente de explotación en tanto (i) cuentan con el fin expreso por parte del legislador de combatir la explotación y el turismo sexual; (ii) están localizados en el capítulo “de la explotación sexual”; (iii) son producto de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado para luchar contra la delincuencia organizada dedicadas a la pornografía ilícita y la prostitución infantil; y (iv) una interpretación no restringida puede llevar a la sanción de comportamientos que ya están previstos en el Código Penal con una pena menor o que son manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad.

La sentencia muestra escenarios donde es posible la aplicación del delito, como cuando la pareja publica en internet los videos que le fueron enviados o cuando una persona es consumidora de pornografía infantil y accede a foros donde puede encontrar este tipo de videos. Sobre las fotos obtenidas con un menor de 14 años, no se hace un análisis de cómo deberían tratarse. Por otro lado, respecto de las fotos de una persona mayor de 14 años, y menor de 18 años, reitera que solo se podrá predicar que se configura el delito cuando se realice dentro de un ambiente de explotación. La anterior posición la justifica la CSJ al indicar que el título donde se encuentra ubicado el tipo es “sobre la explotación”, por lo que un análisis sistemático del Código Penal permite llegar a esta respuesta, además, indica que si se les permite a los menores de 18 y mayores de 14 años tener relaciones sexuales, no es coherente castigarlos por conductas que afectan en menor medida el bien jurídico, como lo sería el enviar o almacenar fotos.

No obstante, la magistrada Patricia Salazar Cuéllar decide salvar parcialmente su voto, argumentando que, si bien la Sala concluye de manera mayoritaria que la protección jurídico penal se limita a eventos de explotación sexual, dejar afuera eventos de abuso es contrario a la voluntad del legislador, ya que también ha declarado reprochable tales actuaciones. La magistrada critica el razonamiento realizado por la Sala, ya que parece tomar en cuenta la voluntad del legislador según la Ley 679 de 2001¹⁵ pero no la Ley 1329 de 2009¹⁶, que amplió los

15 Congreso de Colombia. Ley 1336 de 2009 Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes, 21 de julio de 2009, *Diario Oficial*: 47.417

16 Ley 1329 de 2009

ámbitos de punibilidad de los delitos del capítulo, entre ellos el de pornografía infantil.

En particular, indica que un ejemplo claro donde se demuestra que no se penalizan solo las conductas de explotación sexual, sino sus modalidades de abuso, es la pornografía con menor de 18 años. Sobre lo anterior, argumenta que “[l]as representaciones que contienen actividades sexuales de niños entrañan una degradación del menor registrado a mero objeto de registro o difusión, para la satisfacción de finalidades sexuales a ellos ajenas” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP4573-2019). La satisfacción del consumidor recae sobre personas que no tienen plena autodeterminación, situación que sería contraria a lo expuesto antes por la CSJ al decir que cualquier ampliación del tipo por fuera de contexto de prostitución serían conductas cotidianas y socialmente permitidas.

En esta línea de ideas, la magistrada expone de manera clara que el bien jurídico protegido no es únicamente la formación sexual, sino que hay un interés de tutela jurídico penal para amparar intereses colectivos de los menores de 18 años, quienes por su condición deben mantenerse alejados de escenarios de violencia sexual, ya que no solo los afecta directamente al ser explotados o abusados sino que se perjudica a la población como un género, es decir, se perjudica a la población “menores de edad”, entendiéndolos como un grupo identificable que cumple ciertas características particulares que los diferencian de otras personas o grupos de personas.

Además, critica fuertemente la posición de la Corte sobre que a partir de los 14 años cualquier persona pueda ejercer ilimitadamente su sexualidad, e insiste en que, si bien tiene una incipiente capacidad de tener relaciones sexuales, esto no significa que deba soportar contextos de abuso, donde no sea tratado como parte de una relación sexual sino como un objeto. Sobre lo anterior, pone de nuevo el ejemplo de la pornografía infantil, donde el menor pierde todo rastro de personalidad y cualquier relación recíproca, pasando de una relación interpersonal a la relación de un sujeto con un objeto, convirtiéndolo en algo intercambiable.

Al final, concluye que limitar la adecuación típica solamente a entornos de prostitución infantil y turismo sexual no guarda coherencia con los instrumentos internacionales de protección de los menores contra las formas de abuso y explotación sexual y que la pornografía con menores de 18 años para uso personal no puede ser concebida como un ejercicio de libertad sexual constitucionalmente reconocida cuando se encuentren ambientes diferentes al de la explotación, como lo sería el abuso.

Sentencia 4235-2020

Resuelve la CSJ, en cabeza del Magistrado Luis Antonio Hernández Barbosa, el recurso de casación interpuesto por el defensor de Andrés Eduardo García en el proceso por el que fue condenado por el delito de pornografía infantil. Sobre lo anterior, el caso nos muestra al señor García, el cual uso un perfil falso de Facebook para seducir a la menor A.Q.M., pidiéndole que le enviara fotografías donde estuviera desnuda, la menor accedió y el imputado decidió mostrarle las fotos a la abuela de la menor

con la intención de que reprendiera a su nieta, la abuela le comparte la información a la madre quien interpone la denuncia pertinente. Más adelante, se demostró que la razón por la que el imputado decidió mostrarle las fotos a la abuela era vengarse de la niña, ya que fue ella quien dañó la relación amorosa que tenía el implicado con la hermana mayor de la víctima.

Es así como, para poder resolver el caso, la CSJ decide mostrar los cambios jurisprudenciales importantes que ha tenido este delito, trayendo a colación la sentencia SP4573-2019, referenciada anteriormente, e indicando que se debe ajustar la interpretación realizada por la Corte en ella. Explica cómo estaba compuesto el delito inicialmente, haciendo énfasis en que la tipicidad estaba directamente vinculada a una finalidad comercial y que el ámbito de protección de la edad hablaba genéricamente de menores¹⁷. Pero, si bien la Ley 1236 de 2008¹⁸ únicamente incrementó las penas, este incremento surge por el sentimiento de necesidad de protección a lo menores que tenían los senadores, indicando que tal aumento de pena sirve para dar un castigo ejemplar a los perpetradores de los actos.

Luego, insiste el magistrado en revisar los antecedentes legislativos de la norma e indica que la modificación era necesaria para cumplir con las obligaciones del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez¹⁹ (protocolo que fue ratificado por Colombia en 2002). Es así como el delito de pornografía infantil, si bien en principio sancionaba únicamente el acto de fotografiar o filmar material pornográfico que involucrara niños, ahora debía sancionar conductas de igual gravedad como lo es la posesión de dicho material.

Por lo anterior, la CSJ argumentó que si bien se incluyeron en principio las conductas de “grabar, producir, poseer, portar, almacenar y transmitir representaciones reales de actividad sexual”, el término, para uso personal, no fue propuesto en principio pero aparece como elemento del tipo en la modificación final, razón por la cual es posible interpretar el tipo penal a partir de conceptos distintos al de explotación sexual, como lo es cuando hay violencia y abuso, modalidades que también preocupan a las Naciones Unidas²⁰.

Es así como no se puede interpretar el tipo penal de pornografía infantil exclusivamente en contextos de explotación solo por estar incluido en el título de “explotación sexual”. La CSJ indica que la frase para uso personal hace que se incluyan las modalidades abusivas y violentas, puesto que al aplicar el tipo solo en ambientes de explotación causa la desprotección que se consagra en la norma.

La CSJ continúa su análisis de la sentencia antes mencionada, indicando que si bien los ejemplos que

17 El delito antes estaba consagrado así “El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez a catorce años y multa de ciento treinta y tres a mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

18 Congreso de la República de Colombia Ley 1236 de 2008, Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual, Julio 23 de 2008.

19 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez. Ginebra, Suiza.

20 Artículo 34 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (Aprobada mediante la Ley 16 de 1991).

pone la CSJ son pertinentes (novio que conserva imágenes representativas de actividad sexual de su pareja menor de edad - mayor de 14 y menor de 18 años), la solución que da, que es declarar atípica las conductas realizadas fuera de una finalidad de explotación sexual, no es suficiente. Dicho esto, indica la Sala que comprende que las fotos de un mayor de 14 pero menor de 18 que son dadas con consentimiento no constituyen delito por ausencia de tipicidad siempre y cuando ese consentimiento sea válido y no haya violencia, abuso o engaño.

Es así como, en caso de que haya engaño, el consentimiento es anulado incluso si se está en posibilidad de consentir. La menor, en el caso en concreto, si bien tenía más de 14 años fue engañada para mostrar su cuerpo, siendo cosificada e instrumentalizada, volviéndose un objeto para la consecución de fines propios del perpetrador, fines que no tenían nada que ver con un contexto de explotación.

En conclusión, no porque el tipo penal haga parte del capítulo cuarto significa que dicha conducta sea atípica sino se produce la explotación, la frase para uso personal amplía la finalidad del tipo.

Conclusiones de las sentencias analizadas

En este orden de ideas, la CSJ sentó un precedente contradictorio para decidir sobre los elementos necesarios para que se configure el tipo penal. Dejando en principio la idea de que solo podía darse la pornografía infantil cuando hay explotación, pero dando un giro para decir que otras modalidades de ejecución, como las abusivas, también son delictivas.

Por lo anterior, es necesario presentar las conclusiones que se sacan de las sentencias analizadas: (i) los ofrecimientos sexuales que se hagan a menores de 14 años quedarán enmarcados en actos sexuales abusivos, ya que no se están en capacidad alguna de consentir; (ii) los ofrecimientos sexuales que se hagan a mayores de 14 años serán atípicos ya que hacen parte de la formación sexual y la libertad para decidir en materia sexual; (iii) si estos ofrecimientos tienen un trasfondo de explotación serán típicos (Delitos del 213 al 219 del Código Penal) sin importar si es menor de 14 o de 18 años; (iv) una lectura sistemática del capítulo IV del título IV del Código Penal permite establecer que todos los delitos ahí contenidos, en principio, necesitan de la explotación sexual para ser aplicados; y (v) la frase para uso personal en el artículo 218 permite interpretar el tipo más allá de la explotación sexual, siendo necesario realizar el análisis caso a caso.

Tenencia como presupuesto para la configuración del delito de pornografía infantil en derecho internacional

El ICBF, en su Análisis de la Situación de Explotación Sexual Comercial en Colombia, menciona instrumentos internacionales en materia de explotación infantil y trae a colación el Primer Congreso

Mundial contra la Explotación Sexual²¹, donde se acordó un plan de acción con el objetivo de penalizar la posesión de pornografía infantil. Continuando, el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez considera que debe darse la tipificación en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía. Más adelante, mediante la Ley 1928 de 2018²², Colombia ratificó lo dispuesto en el Convenio sobre el Cibercrimen en donde se establece, en su artículo 9.1. inciso e), el compromiso de las partes para adoptar medidas en contra de “la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de datos informáticos”²³. Además, el modelo de legislación elaborado por el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explotados propone la penalización de la simple posesión intencional de pornografía infantil.

Lo anterior, se justifica en dos posibles hipótesis. La primera, tutelar el derecho de la imagen de la víctima menor de edad, concluyendo que se lesionaría su derecho a la intimidad con cada reproducción del material donde se encuentre expuesto. La segunda, por política criminal, para erradicar el tráfico de pornografía infantil, por lo cual deberán elaborarse mecanismos amplios para castigar cualquier conducta vinculada con el delito en cuestión²⁴.

Es así como, la primera hipótesis, consiste en una confrontación de derechos entre la intimidad del consumidor de pornografía y los derechos sexuales del menor. Dicho lo anterior, los derechos del menor prevalecerán por encima de la intimidad del presunto indiciado. En el ordenamiento colombiano los derechos constitucionales no son absolutos por lo que deben armonizarse entre sí, y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta²⁵, es así como no se puede invocar el derecho a la intimidad y a la libertad de expresión para justificar la explotación y cosificación del menor, en especial si se tienen en cuenta los ambientes de explotación, abuso y engaño en los cuales suelen estar inmiscuidos los partícipes de la pornografía infantil.

Continuando, la idea de que se lastima la intimidad del menor va ligada al hecho de que con cada imagen obtenida, o con cada reproducción de esta, se cosifica más al menor, quitándole cualquier aspecto de personalidad y viéndolo solo un objeto para la satisfacción de los espectadores. Sobre lo anterior, se afirma que el adquirente y tenedor de pornografía infantil perpetúa el ataque a la dignidad y la libertad de los niños que han sido grabados previamente²⁶.

Sobre la segunda hipótesis, de naturaleza de política criminal, la prohibición penal va dirigida a desmotivar la utilización de niños en elaboración de material de carácter sexual, dando a entender que la

21 Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual (1996),

22 Ley 1928 de 2018, Por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre la Cibercriminalidad”, adoptado el 23 de noviembre de 2001, en Budapest., Julio 24 de 2018, *Diario Oficial No. 50.664*

23 IBID

24 Álvarez, J. T. *Delitos sexuales: coerción sexual e internet*. (Buenos Aires: Ediciones D&D, 2018).

25 Corte Constitucional, Sentencia C-475 de 1997, 25 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

26 Roper Carrasco, Julia. *Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores*. (Tomado de: <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2083/2096>, 2014).

sola tenencia pone en peligro abstracto los bienes jurídicos de los menores. Se trataría entonces de una protección a la infancia en su totalidad a través de un dispositivo penal preventivo con características disuasorias²⁷. Lo anterior, con el propósito de desmotivar a los sujetos potencialmente peligrosos.

La anterior posición es la que comparte el Centro Internacional para Menores Desaparecidos y Explo-tados, explicando que los motivos de la criminalización de la simple tenencia de pornografía infantil, en su legislación modelo, es que con cada imagen de pornografía infantil que se adquiere se fomenta el crecimiento de esta industria ilícita y se contribuye al desarrollo de nuevas tendencias alarmantes, tales como acostumbrarse a pornografía infantil.

Por otro lado, posiciones contrarias establecen que la idea de tenencia sin un ánimo no debería ser sancionada, e incluso se llega a decir que es necesario para los pedófilos para satisfacer sus deseos sexuales sin dañar a los menores²⁸. Dicho esto, las personas que defienden esta idea se suelen basar en la protección de la libertad de expresión y la indebida intromisión del Estado en la intimidad del consumidor, por un lado, y por el otro, en el hecho que muchos consumidores de pornografía lo usan para satisfacer sus deseos sin lastimar a nadie.

Sobre lo anterior, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en el caso Stanley vs. Georgia²⁹, ejemplifica esta postura, donde consideró que la simple tenencia de materiales obscenos no debería tipificarse como delito ya que implicaba una intrusión inconcebible en el pensamiento de los ciudadanos por parte del Estado, afectando la libertad de expresión. El mismo tribunal consideró que no es deber del Estado decirle a una persona, sentada sola en su propia casa, qué libros leer o qué películas debe ver.

Dicho esto, el Tribunal Superior de Columbia usó la anterior argumentación para despenalizar la simple tenencia de pornografía infantil. En Regina Vs Sharpe³⁰, se decretó la inconstitucionalidad de la prohibición de la tenencia de pornografía infantil ya que aquella norma invadía la libertad de expresión y la privacidad personal, pues extiende el castigo a todas las personas, incluidas aquellas que no hacen uso “nocivo” de la pornografía infantil como lo son los coleccionistas.

Ahora, sobre la primera hipótesis, el mismo Tribunal expresó que la prohibición abarca también a aquellas personas que observan el material con un fin “lascivo” como aquellos pedófilos que, en lugar de agredir sexualmente a personas menores, usan la pornografía como bálsamo de sus aflicciones aliviando la tensión sexual de posibles agresores³¹. Lo anterior, cobra significancia en Colombia, ya que argumentos parecidos son usados para despenalizar la mera tenencia de material pornográfico. Por ejemplo, en el ordenamiento colombiano lo dicho por el Tribunal y la jurisprudencia de Estados Unidos va muy de la mano de los argumentos expuestos por William Torres Tópaga (argumentos que fueron tratados en los apartes sobre los elementos del tipo penal

27 Álvarez, J. T. *Delitos sexuales: coerción sexual e internet*.

28 Álvarez, J. T. *Delitos sexuales: coerción sexual e internet*.

29 Corte Suprema de Estados Unidos, *Stanley vs. Georgia* 1969, Enero 14 de 1969.

30 Tribunal Superior de Columbia, *Regina Vs Sharpe*, 2001

31 Álvarez, J. T. *Delitos sexuales: coerción sexual e internet*.

de este mismo texto), por lo que conocer sus orígenes nos da una imagen de los antecedentes de estas ideas.

Análisis

Si bien en principio el Código Penal traía a colación conceptos que implicaban imposiciones morales, como lo son el pudor y el honor sexual, esta visión cambió a partir de la Ley 360 de 1997³², en la medida que los intereses ahora tutelables de los delitos sexuales eran aquellos relativos a la libertad y la dignidad³³. Este cambio fue un avance importante para evitar la imposición de la moral en el ordenamiento jurídico colombiano, pero no fue suficiente y en el 2000 el legislador decide que el bien jurídico que se protege en los artículos 205 a 219c son los de la libertad, la integridad y la formación sexual, concepto que hoy en día sigue estando vigente. Por su parte, el hecho de que haya tres términos diferentes significa que hay tres maneras diferentes de transgredir el bien jurídico, si bien se complementan, son diferentes y ameritan ser analizadas individualmente.

Dicho esto, la libertad sexual ha sido entendida como la facultad que tiene el ser humano de determinarse en el ámbito de la sexualidad³⁴, lo cual implica que la libertad tiene dos aspectos. Uno positivo: cada persona puede elegir su orientación sexual, con quien realiza estos actos, y en que contexto lo realiza. Y otro negativo: la persona puede rechazar encontrarse en entornos sexuales sin su consentimiento³⁵. Cabe aclarar que, como todos los derechos, esta facultad no es absoluta y encuentra límites en los derechos de las demás personas³⁶.

Por su parte, la integridad sexual se refiere al derecho de mantenerse incólume, indemne, intacto, frente a cualquier tipo de actividad sexual³⁷, es el derecho que tiene la persona a no ser molestada en su dignidad sexual, manteniéndose su estado sexual de la forma en que desee³⁸.

Finalmente, la formación sexual es entendida como el derecho a gozar de un ambiente donde el sujeto pueda evolucionar y formarse sin ningún tipo de intromisión que le permita hacer uso de su libertad sexual una vez tenga posibilidad de disponer de ella³⁹. Este concepto suele relacionarse, pero no se limita simplemente a ellos, con los menores de 14 años y los incapaces, los cuales carecen de libertad sexual por considerarse que

32 Congreso de la república de Colombia Ley 360 de 1997, Por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del Libro II del Decreto-ley 100 de 1980 (Código Penal), relativo a los delitos contra la libertad y pudor sexuales, y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 (Código Procedimiento Penal) y se dictan otras disposiciones. *Diario oficial No. 42.978*.

33 Torres Tópaga, *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*

34 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal*

35 Vargas Mendoza, Ligia María. *La violencia en el acceso carnal. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de mayo de 2015. M.P.: María del Rosario González Muñoz. Aprobado en acta N° 159 Estudios Críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia T. 6, RICARDO POSADA MAYA & FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ & MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ (Coords.) / et al. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), (Bogotá: Editorial Uniandes. Editorial Universidad Sergio Arboleda, Editorial. Ibáñez, 2017).*

36 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal*

37 Torres Tópaga, *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*

38 Vargas Mendoza. *La violencia en el acceso carnal*

39 Torres Tópaga, *Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*

no tienen madurez suficiente para tomar este tipo de decisiones, evitando así que sean usados como objetos sexuales por terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales⁴⁰.

Además de lo anterior, los derechos sexuales son derechos progresivos, lo que implica que constantemente se van moldeando y cambiando. Esta posición va acorde al bien jurídico tutelado, en especial a la parte de formación sexual, donde se establece de manera explícita que la sexualidad evoluciona y se desarrolla. Entender este concepto como algo dinámico permite entender que la protección no puede interrumpirse a los 14 años y luego suponer que se tiene plena libertad y conciencia sobre el desarrollo sexual de la persona.

Es así como las dos problemáticas presentadas nos muestran dos situaciones particulares que deben ser analizadas de manera especial, analizando lo establecido de lege lata y la propuesta de lege ferenda.

Sobre la lege lata o la ley existente, entendidos los precedentes de la norma y sus cambios, el tipo en el Código Penal actual, la jurisprudencia colombiana y los mecanismos internacionales, se procederá a analizar como cada uno de estos elementos aporta a la interpretación del tipo penal. Para empezar, los cambios sufridos en el delito de pornografía infantil muestran cómo se pasó de un enfoque meramente comercial a uno más amplio, donde la finalidad de lucro no es necesaria. Lo anterior, como se pudo observar en las gacetas, responde a la necesidad del Estado colombiano de acoplarse a los instrumentos internacionales que fueron ratificados, haciendo mención del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de la Niñez. Además, el proyecto es explícito en que su enfoque es combatir la explotación, el turismo sexual y la pornografía infantil, es por esto que el proyecto, en principio, añadió el artículo 219b al Código Penal con el propósito de castigar la tenencia de material pornográfico y su posterior eliminación como artículo independiente no se da porque no fuera necesario o importante, sino para ser agregado dentro de otro tipo penal, generando cierta “armonía” en el sistema de leyes pero creando nuevos supuestos, donde la tenencia debe ser castigada, sin importar si está presente la explotación sexual del menor.

La norma que fue aprobada es clara desde el punto de vista dogmático y objetivo. Los verbos rectores, en conjunto, expanden el ámbito de protección de la norma, castigando la mera tenencia y, a diferencia de lo expuesto por la CSJ, no exige un trasfondo de explotación. El apartado para uso personal muestra que el tipo dejó de ser entendido solamente en el ámbito de la explotación sexual y sanciona el abuso y el engaño. El análisis típico del artículo 218 nos permite, de manera acertada, afirmar que la mera tenencia es suficiente para que se consume el tipo penal. En materia internacional todo apunta a que la mera tenencia debe ser considerada suficiente para que se tipifique la conducta de pornografía con menor de 18 años. Los textos y convenios traídos a colación han sido ratificados por Colombia, lo que muestra un claro compromiso del país con cumplir con los acuerdos, siendo estos los argumentos principales presentados en el debate del Senado.

40 Vargas Mendoza. *La violencia en el acceso carnal*

En el panorama actual es claro que el delito de pornografía infantil debe castigar la mera tenencia, pero su argumentación no va acorde a una política criminal interna si no a trasplantes jurídicos que no tienen en cuenta el contexto de en dónde se están aplicando. El fundamento de la nueva norma se basa en los compromisos adquiridos en materia internacional, la exposición de motivos de la Cámara de Representantes trata el tema de manera superficial, apenas diciendo que en Colombia el uso del internet ha causado que se generen nuevos peligros para la población más joven. Sin embargo, al momento de justificar la necesidad de crear - en principio - un nuevo delito que castigue el almacenamiento sin tener en cuenta el aspecto de explotación solo se remite a que se han firmado convenios internacionales. El debate en el Senado, si bien menciona que debe armonizarse el Código Penal, no da motivos reales y aplicables a Colombia para que se deban agregar todos estos verbos, pudiendo concluir que este cambio de la norma no obedece a la necesidad basada en datos colombianos sino al mero cumplimiento de estándares internacionales.

Con lo anterior, no se quiere decir que no se deba proteger al menor, sino que, si se va a usar el derecho penal como mecanismo disuasorio y de prevención, como es el caso, se debe hacer de tal forma que no entre en contradicción con el mismo ordenamiento. La reforma al tipo penal ha causado caos sobre la coherencia normativa, el establecer que los menores de 18 no pueden mandar fotos o videos de índole sexual, aunque después de los 14 años pueden consentir sostener relaciones sexuales. Es inconcebible creer que, si bien los mayores de 14 años pueden consentir las relaciones sexuales con un mayor de 14 o de 18 años, sea sancionable el intercambio de fotos o videos, que afecta en menor medida sus derechos sexuales.

La sentencia analizada obvia estos aspectos, su crítica a la imputación “mecánica” de los tipos ignora el sentido de la norma, mostrando que es el Tribunal de segunda instancia, y no la CSJ, quien entiende mejor cómo funciona y se aplica la pornografía con menores. Por su parte, la idea de necesidad de la explotación no está presente en ningún momento hasta ahora, dando a entender que la CSJ tiene que justificar su implementación, ya que no basta decir que el otro lo hizo mal, sino que es necesario explicar por qué su posición es la correcta. Sobre lo anterior, la sentencia trae el precedente judicial de la misma corporación, indicando que es un concepto que se desarrolló mediante jurisprudencia, a pesar de que no exista estrictamente en el tipo penal. El problema con lo anterior es que la misma CSJ no ha sido clara, trayendo contradicciones que se evidencian en la argumentación dada.

Dicho lo anterior, la CSJ usa por primera vez el concepto de explotación para solucionar los problemas que se mencionaron, intentando subsanar esos vacíos legales producto de tipos penales hechos en el extranjero que no fueron pensados para Colombia. La sentencia hito (Sentencia SP4573-2019) es la primera que se dedica a analizar los delitos del capítulo sobre la explotación, en este, se equivoca la CSJ en su proceso de pensamiento. Sobre lo anterior, lo que empieza como un análisis de un tipo diferente, el artículo 219A, termina aplicando de manera arbitraria a todos los delitos del capítulo, incluido el 218. Esta exigencia de un ambiente de explotación se da para solucionar la posible proble-

mática de las fotos o videos de mayores de 14 años que son entregados con consentimiento.

La magistrada Patricia Salazar en el salvamento de voto parcial identifica claramente que dejar un precedente donde la aplicación del artículo 218 esté supeditada a un ambiente de explotación, crea un vacío legal y una desprotección injustificada para los menores de edad, porque no se tienen en cuenta los casos de abuso o engaño. La argumentación dada por la CSJ en esta sentencia resulta insuficiente, la interpretación sistemática de la norma no puede ser la razón por la que se deba aplicar la explotación, ignorando los elementos del tipo en sí y la historia detrás de la norma que, como se explicó antes, fue modificada para incluir la tenencia como presupuesto de la consumación sin que el sujeto activo tuviera una finalidad adicional o se encontrara en un ámbito de explotación, a través de la incorporación de la frase “para uso propio”.

Su solución, en principio, no es descabellada pero no puede ser aceptada. Los argumentos dados por la CSJ van en contra del legislador y la norma, violando el principio de legalidad. Además, sobre los menores de 14 años, no hace ningún pronunciamiento, causando que la necesidad de un ambiente de explotación se exija en la comisión de delitos de pornografía en contra de niños y niñas de 0 a 18 años, lo que contradice el hecho de que a los 14 años se pueda consentir en materia sexual. Además, la forma en la que se entiende la explotación⁴¹ termina ignorando otros factores importantes que afectan el consentimiento del menor, como lo son el abuso, la violencia, y el engaño.

Este problema inicial, sobre que se esté exigiendo la explotación sin importar la edad, se evidencia de manera clara en la sentencia que se está analizando. El magistrado se limita a nombrar de manera superficial que el precedente judicial exige el trasfondo de explotación sexual para que el actuar sea típico, ignorando la argumentación dada que va enfocada a resolver que pasa con las fotos o videos que son enviados por un mayor de 14. Es así como; esta exigencia en el caso particular da a creer que se le está reconociendo consentimiento legal a los menores de 14, posición que no es defendible en el ordenamiento colombiano para el autor.

Por otro lado, en la sentencia SP4235-2020, la CSJ intenta corregir este error e incluye la posibilidad de que el delito se pueda dar más allá de estos ambientes. La mera tenencia debe ser castigada, según esta sentencia, porque los organismos internacionales lo exigen. Lo anterior, dado que la exposición de motivos del tipo penal así lo plantea, pero no nos dice razones de política criminal colombiana ni su afectación al bien jurídico.

Además, el problema con que se den tantas decisiones que complementen o cambien el tipo penal, y que estas no sean coherentes entre ellas, es que en las decisiones siguientes no se tendrá en cuenta los motivos que dan para ciertas exigencias, como es la explotación, y se empiece a deformar el tipo penal. La edad de consentimiento es un

41 La explotación se entiende como la utilización de menores de 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 (Corte Suprema de Justicia, 2019)

límite claro al mismo, la formación e integridad sexual del menor es afectada por estas fotos o videos, y sentencias como la analizada muestran claramente el problema de un ordenamiento jurídico incoherente.

A pesar de lo anterior, sería injusto solamente criticar a la CSJ por su interpretación. Este análisis del tipo parece ser un claro ejemplo de extralimitación por parte del legislador: el establecer tipos penales sin una justificación adecuada hace que dicha institución tenga que recurrir a maniobras legislativas para poder acomodar el tipo al ordenamiento. Sin embargo, estas maniobras generan, en el caso en concreto, contradicciones en el ordenamiento penal que tienen como consecuencia la desprotección del menor, además de ser extralimitaciones al poder de esta, más que interpretar el tipo lo está reformando, función que no les pertenece a ellos sino al legislador.

En conclusión, la CSJ no tenía que, ni podía, reformar el tipo penal para exigir un ambiente de explotación. La norma es clara sobre sus elementos y la exposición de motivos solo nos permite concluir que la mera tenencia debe ser castigable, mediante la frase para uso personal, lo cual supondría una clara contradicción cuando nos encontremos frente a mayores de 14 años. Además, la solución dada por la CSJ es discutible, pues la exigencia de la explotación, en los términos establecidos, desprotege los derechos de los menores de edad mayores de 14, ya que permite que comportamientos abusivos o engañosos sean usados en contra de ellos para que sean cosificados.

Dicho lo anterior, la lege ferenda, se propone a armonizar estos conceptos. Para lograrlo se propone dividir el tipo penal, logrando así cumplir con los criterios internacionales, adaptar la norma al ordenamiento jurídico colombiano y tener en cuenta los pronunciamientos de la CSJ de manera que no entren en conflicto.

Es así como, al igual que sucede en otros tipos penales sexuales, se deberá crear un tipo penal privilegiado cuando sean menores de 14 años. De esta forma, se estaría cumpliendo con los estándares internacionales, que pretenden castigar la mera tenencia, pero sin causar que el consentimiento de los mayores de 14 sea totalmente inválido. Las fotos o videos que son tomados o enviados afectan al bien jurídico en dos facetas, la integridad y la formación sexual. Sobre la última, la formación sexual consiste en poder gozar de un ambiente donde el sujeto pueda evolucionar sin ninguna intromisión, los acercamientos a menores y el intercambio de imágenes constituyen una clara intromisión a la formación y si no se tiene posibilidad de consentir ningún acto sexual se deberá proteger su intimidad y su imagen al evitar estar en ambientes donde su cuerpo se vuelva un objeto para la satisfacción de un tercero. Por otro lado, la integridad sexual de menores de 14 años significa que no debe ser alterada la inocencia propia que tienen estos sujetos, las interferencias en etapas tan tempranas pueden afectar la evolución y desarrollo de la personalidad, produciendo afectaciones y alteraciones que dañen su vida o alteran su equilibrio psíquico futuro⁴².

La creación de un tipo penal para proteger a los menores de 14 años es más coherente con el ordena-

42 Castro Cuenca, C. G. *Manual de derecho penal*

miento jurídico colombiano, zanjaría las discusiones que se pueden llegar a tener en la CSJ sobre la explotación y evitaría que se den pronunciamientos erróneos como el de la sentencia analizada.

Siendo más, el tipo propuesto quedaría:

Artículo 218A: El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 14 años de edad, incurrirá en (...)

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

Por su parte, la segunda propuesta, está enfocada en que el delito de pornografía infantil de mayores de 14 años sea tipificado solo en ambientes donde haya explotación, o para fines propios donde concurren el abuso o engaño. El abuso y engaño afectan la libertad sexual y la integridad de los menores. Dado que se les permite tener relaciones sexuales, no hay lugar a prohibir el intercambio de imágenes, salvo que este esté mediado por abuso o engaño que causarían que su consentimiento no sea válido, armonizando los dos pronunciamientos de la CSJ en materia de pornografía infantil y teniendo en cuenta el salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar. Por otro lado, se afecta la integridad sexual del menor ya que se estaría cosificando a este, volviéndose una herramienta para la satisfacción de un tercero. Los menores de edad mayores de 14 si bien pueden dar consentimiento es necesario que lo den en un ambiente propicio, permitir que sea visto solamente para satisfacer a otro y no en una relación de iguales es perjudicial en tanto hay un claro aprovechamiento de aquel con mayor experiencia para que el afectado no disfrute de su sexualidad.

Al entender el bien jurídico como un derecho progresivo significa que debe protegerse en los diferentes momentos. Si bien en los mayores de edad esta protección es diferente, en los menores se está en un momento esencial para su formación sexual. Si se protege esta etapa de desarrollo y lo miramos como algo dinámico podremos crear normas que les permitan disfrutar su sexualidad gracias a su edad de consentimiento, pero sin que estén expuestos a terceros que quieran aprovecharse de esa pequeña capacidad de decisión que da el legislador.

Por su parte, la reforma al artículo 218 quedaría:

Artículo 218: El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal, obtener beneficio económico o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona mayor de 14 años de edad y menor de 18, incurrirá en (...) ⁴³

43 Sobre la pena correspondiente se deja el espacio en blanco ya que el propósito del texto es mostrar incoherencias y proponer soluciones, la graduación de la pena no es aspecto que se vaya a tratar.

Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro.

Esta propuesta armonizaría el ordenamiento colombiano y la edad de consentimiento con lo dicho por la CSJ, evitando las interpretaciones y la atribución propia de otras ramas de poder, además, se desearía el terrible precedente que dejó este último pronunciamiento donde se exige dolo de explotación para la imputación del tipo cuando se esté frente a menores de 14 años.

Conclusiones

La edad de consentimiento y la mayoría de edad han sido dos conceptos difíciles de tratar, su armonización en los diferentes aspectos sociales y legales siempre ha tenido problemas, no siendo el derecho penal ajeno a esto. El tipo de pornografía con menores de edad ejemplifica esta disyuntiva y nos presenta un problema sobre la debida aplicación del tipo sin intervenir de manera injustificada la libertad sexual de los mayores de 14 años.

Esta disyuntiva surge por los trasplantes jurídicos que hace el legislador, incluyendo y ratificando tratados internacionales sin ver la incidencia o aplicabilidad de las normas en el ordenamiento colombiano. La falta de políticas criminales enfocadas a la realidad del país causa que normas, que pretenden proteger a los menores, entren en conflicto con el ordenamiento colombiano, poniendo al órgano judicial a realizar pronunciamientos que permita acomodar el tipo al Código Penal, incluso yendo en contra del sentido del mismo.

Es así como, mientras la norma y sus antecedentes son claros en la aplicación del tipo de manera objetiva, la CSJ, comprendiendo los problemas que trae la aplicación del tipo, intenta de manera insatisfactoria zanjar estas diferencias mediante la incorporación del ambiente de explotación para la aplicación del tipo. El problema de esto es que los pronunciamientos posteriores no han sido congruentes e incluso se llegó a exigir dolo de explotación para la tipificación de la conducta cuando el sujeto pasivo es un menor de 14 años.

Por lo anterior, se propone una reforma legislativa que permita la protección del menor de edad, en donde se entienda la progresividad del bien jurídico y como estos actuantes afectan a los menores. Dividir el tipo en dos, teniendo en cuenta no solamente los criterios internacionales sino el ordenamiento nacional, en especial la edad de consentimiento permitirá una armonización de la norma con los convenios firmados y lo expuesto por la CSJ, evitando que el órgano judicial se apropie de funciones ajenas a las suyas, haga interpretaciones insostenibles y se pierda coherencia dentro del sistema jurídico.

Bibliografía

Doctrina:

- Álvarez, J. T. Delitos sexuales: coerción sexual e internet. Ediciones D&D, 2018.
- Castro Cuenca, C. G. Manual de derecho penal: parte especial (Segunda edición.). Editorial Universidad del Rosario, 2018.
- Instituto Colombiano del Bienestar Familiar – ICBF. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL EN COLOMBIA. Una Oportunidad para Garantizar la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Edición 4ta. Pp. 15-17, 2014.
- International Center for Missing & Exploited Children (ICMEC) “IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE LEGISLACIÓN. Un complemento de Pornografía Infantil: Modelo de Legislación y Revisión Global”. Recuperado de https://www.icmec.org/wp-content/uploads/2017/02/Framing-Implementation_2017_ESf-PR-FINAL.pdf, 2017.
- Office of the UN High Commissioner for Human Rights (OHCHR) 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. 2020.
- Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (Colombia). [en línea]. <https://wiki.salahumanitaria.co/wiki/Explotaci%C3%B3n_sexual > [25/11/2021].
- Posada Maya, Ricardo. Delitos contra la vida y la integridad personal, Delitos de homicidio, feminicidio, genocidio y otras infracciones. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez, 2009.
- Posada Maya, Ricardo. ¿Delincuencia sexual virtual? Una aproximación desde la revolución tecnológica. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de octubre de 2019, rad. No. 47234, MP: Eugenio Fernández Carlier. Aprobado en acta no. 284. Estudios Críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia T. 8, RICARDO POSADA MAYA & FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ & MARÍA CAMILA CORREA FLÓREZ (Coords.) / et al. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes. Universidad Sergio Arboleda, Ed. Ibáñez, 2021, pp. 431-478, 2021
- Roperro Carrasco, Julia. Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2083/2096>, 2014.
- Torres Tópaga, William. Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Texto contenido dentro de Bernal Cuéllar, J., & Urbano Martínez, J. J. Lecciones de derecho penal: parte general

(Tercera edición.). Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019.

Vargas Mendoza, Ligia María. La violencia en el acceso carnal. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de mayo de 2015. M.P.: María del Rosario González Muñoz. Aprobado en acta N° 159 Estudios Críticos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia T. 6, RICARDO POSADA MAYA & FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ & MARÍA CAMILA CORRERA FLÓREZ (Coords.) / et al. Colección Ciencias Penales, Ricardo Posada Maya (Dir.), Bogotá, Ed. Uniandes. Universidad Sergio Arboleda, Ed. Ibáñez, 2017.

Normatividad:

Código Penal (Ley 599 de 2000) [Código] (2000). 20va edición Legis.

Congreso de Colombia (21 de julio de 2009) “Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes.” (Ley 1336 de 2009). DO: 47.417. Recuperado de https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1336_2009.htm

Congreso de la República (5 de septiembre de 2007) Gaceta del Congreso 426 de 2007. Proyecto de ley número 109 de 2007 (Cámara).

Congreso de la República (16 de septiembre de 2008) Gaceta del Congreso 639 de 2008 Proyecto de Ley número 109 de 2007 (Senado)

Congreso de la República (24 de julio de 2018) “Por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre la Ciberdelincuencia” adoptado el 23 de noviembre de 2001, en Budapest” (Ley 1928 de 2008).

Constitución Política de Colombia (1991) 5ta edición. Legis.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional (25 de septiembre de 1997). Sentencia C-475 de 1997. MP. Dr Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (4 de noviembre de 2020) Sentencia 4235-2020. MP Luis Antonio Hernández Barbosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (22 de julio de 2020). Sentencia SP2545-2020. MP Luis Antonio Hernández Barbosa

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (24 de octubre de 2019) Sentencia SP4573-2019. MP. Eugenio Fernández Carlier

Corte Suprema de Estados Unidos (1969) Stanley Vs Georgia.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea].

<<https://dle.rae.es>> [25/11/2021].