

	ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-028
		Versión: 01
		Página 1 de 11

EL DELITO DE PORNOGRAFÍA CON PERSONAS MENORES DE DIECIOCHO (18) AÑOS EN COLOMBIA A PARTIR DE LA LEY 599 DE 2000.

Claudia Marcela Montoya Álvarez
Institución Universitaria de Envigado
Clao10_28@hotmail.com

Luz Yadira Henao Ortíz
Institución Universitaria de Envigado
Luzya2808@hotmail.com

Natalia Palacio Brand
Institución Universitaria de Envigado
Natapalacio_1@hotmail.com

Resumen: En los últimos años, la explotación sexual con fines comerciales se ha tornado alarmante. Las modificaciones hechas al Código Penal, en materia de explotación sexual, Ley 599 de 2000, es una muestra del esfuerzo del legislador por menguar y erradicar este problema. La introducción de nuevos verbos rectores, aunados a los ya existentes, se traduce en una legislación más estricta y menos tolerante. En el presente trabajo de grado, se pretende dar cuenta de todos aquellos aspectos relacionados con la explotación sexual, pero específicamente de la pornografía infantil como delito, a la luz de la Ley 599 de 2000.

Palabras claves: *explotación, legislación, menores, pornografía, turismo sexual.*

Abstract: In recent years, the commercial sexual exploitation has become alarming. The modifications made to the Criminal Code relating to sexual exploitation, Act 599 of 2000, are an example of the legislature's effort reduce and eradicate this problem. The introduction of new verbs bodies, coupled with the existing legislation results in stricter and less tolerant. In this paper grade, it is intended to account for all aspects related to sexual exploitation, but specifically with child pornography offense, in light of Act 599 of 2000.

Key words: *explotation, legislation, minors, phornography, sexual tourism.*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la explotación sexual con fines comerciales se ha incrementado hasta cifras realmente alarmantes; día con día son frecuentes noticias en todas las fuentes que dan cuenta de la problemática que este flagelo representa. Es innegable la preocupación del Estado colombiano, desde todos los niveles de gobierno, por realizar las acciones pertinentes para parar la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. Las modificaciones hechas al Código Penal, en materia de explotación sexual, Ley 599 de 2000, es una muestra del esfuerzo del legislador y de la sociedad en su conjunto

no sólo por menguar, si no erradicar este problema social. La introducción de nuevos verbos rectores, aunados a los ya existentes, sin lugar a dudas se traduce en una legislación más estricta y menos tolerante a estas conductas. En el presente trabajo de grado, se pretende dar cuenta de todos aquellos aspectos relacionados con la explotación sexual, pero específicamente de la pornografía infantil como delito, a la luz de la Ley 599 de 2000. Para ello, en este trabajo de grado, se desarrollarán diversos temas que pueden dar luz al respecto, en primer término se detallará la tipificación de la pornografía infantil en Colombia a partir de la ley 599 de 2000, posteriormente se analizarán las consideraciones de la Corte que han sido importantes en

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 2 de 11

el pasado reciente del país respecto a la pornografía infantil, en el último capítulo tratará en torno a la situación actual en Colombia en relación a la pornografía infantil como delito, así como de la legislación y tratamiento en el derecho comparado de este problema. Para el equipo investigador, este tema es muy importante, ya que es un flagelo que día a día está creciendo, llegando incluso a proporciones alarmantes; el equipo cree firmemente que el poder que se desprende de la información, puede llegar a hacer que los interesados en este tema, encuentren en este trabajo las herramientas necesarias para no tanto sancionar la conducta, sino para prevenirla.

2. TIPIFICACIÓN DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL EN COLOMBIA A PARTIR DE LA LEY 599 DE 2000.

El Estado colombiano se ha preocupado por establecer normatividades acordes a los problemas sociales más apremiantes. La pornografía con menores de 18 años es un flagelo que en los últimos años, debido a los avances tecnológicos y a la rapidez con la que viaja la información, ha proliferado. Basta ver las cifras manejadas por las autoridades, para darse cuenta de la magnitud del problema; según un informe de la Unicef Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, Oficina de Área para Colombia y Venezuela¹ [UNI 02], aproximadamente 35 mil niños y niñas menores de 18 años son explotados sexualmente en Colombia.

El problema de la explotación sexual comercial infantil, entendida esta como toda situación en la cual una persona menor de 18 años es forzada o inducida a ejecutar actos que involucren partes de su cuerpo para satisfacer los deseos sexuales de una tercera persona o de un grupo de personas y en la cual “no es necesario, en ninguna forma, que este intercambio reporte algún

¹ UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia Oficina de Área para Colombia y Venezuela. 2002 La niñez colombiana en cifras. [on line] <http://www.publicaciones.unicefcolombia.com/wp-content/uploads/2011/03/cifras.pdf>

tipo de ‘remuneración’ para el niño o niña o adolescente² [CAR 02], es un fenómeno mundial que no es propio de ninguna cultura, etnia, religión, grupo social o contexto económico.

A este tenor, el artículo 217 del Código Penal, indica que:

“Artículo 217. Estimulo a la prostitución de menores. Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1236 de 2008: El que destine, arriende, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y seis (66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.³[CPC 11]

La ejecución de actos que impliquen explotación sexual viola los derechos más representativos de la democracia, así como los atributos de la “dignidad y la libertad humanas”⁴ [GAL 03]. El artículo 217 A del Código Penal, es claro al respecto:

“Artículo 217 A. Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad. Artículo adicionado por el artículo 3 de la Ley 1329 de 2009: El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.

² CÁRDENAS, S. y RIVERA, N. 2002. Renacer: Una propuesta para volver a nacer. Bogotá: Fundación RENACER - UNICEF Colombia. P. 41.

³ Código Penal colombiano.2011. Bogotá: Editorial unión Ltda. p. 107.

⁴ GALVIS, Ligia. 2003 “Para que los niños y niñas puedan vivir en dignidad”. En: Normativa nacional e Internacional para la prevención y atención del abuso y la explotación sexual en la niñez. Primera Edición. Bogotá: UNICEF. P. 105.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 11

Parágrafo. El consentimiento dado por la víctima menor de 18 años, no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.

Evidentemente, cuando se habla de comercio sexual de menores, se está hablando de una forma de tráfico de personas, la Ley 1453 de 2011 modificatoria del Código Penal, establece aspectos relacionados a este tema, indicando que:

“Artículo 188 C. Tráfico de niñas, niños y adolescentes. Artículo adicionado por el artículo 6 de la Ley 1453 de 2011: El que intervenga en cualquier acto o transacción en virtud de la cual un niño, niña o adolescente sea vendido, entregado o traficado por precio en efectivo o cualquier otra retribución a una persona o grupo de personas, incurrirá en prisión de treinta (30) a sesenta (60) años y una multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Estas sanciones se mantienen, así los así los padres o tutores del menor hayan dado su consentimiento, lo cual no exime de responsabilidad penal a la persona. Las penas se agravan cuando se presenta daño físico o psíquico, o el responsable es pariente hasta un tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil del menor, sea este funcionario público o responsable de proteger al menor.

Recientemente otra modalidad de explotación sexual ha surgido, el llamado turismo sexual, Colombia es uno de los destinos preferidos para los pederastas que buscan en sus hermosas playas, los servicios de las mafias encargadas de la trata de personas y, evidentemente, de menores. El turismo sexual es en muchas ocasiones el preámbulo para sesiones fotográficas y de video, en las cuales se documentan las actividades ilícitas a las cuales los menores se ven sometidos; hay que recordar que el pederasta eventualmente se convierte en creador de su propio material pornográfico, mismo que en gran mayoría de los casos es compartido con personas que tienen filias similares.

El Artículo 219 del Código Penal, establece que:

“Artículo 219. Turismo sexual. Artículo modificado por el artículo 23 de la Ley 1336 de 2009: El que dirija,

organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años.

La pena se aumentará en la mitad cuando la conducta se realizare con menor de doce (12) años”.

La pornografía infantil se define como “la utilización de menores de edad para la realización de material pornográfico como fotografías, videos, películas, que pueden comercializarse directamente o pueden ponerse en internet... puede ser utilizado de múltiples formas...”⁵[CUA 06]

Para Lazo, Marín y Marroquín, la pornografía es “la exhibición de genitales y actos sexuales de toda índole, donde abundan imágenes sadomasoquistas, la pedofilia y otras aberraciones, individuales o en grupo. Es una industria millonaria que vende sexo cosificando y envileciendo al hombre y a la mujer. Es explotación de los seres humanos y sobre todo de la mujer”.⁶ [LAZ 97]

Pueden transcribirse tantas definiciones de pornografía infantil, como doctrinantes existan, sin embargo, con el propósito de unificar criterios, un grupo de especialistas colombianos e internacionales, la definen como “toda representación, por cualquier medio de comunicación, de un niño o niña menor de 18 años de edad, o con aspecto de niño o niña, involucrado en actividades sexuales reales o simuladas, de manera explícita o sugerida, con cualquier fin”⁷. [OIT 2003]

Para que la pornografía infantil sea considerada como tal, debe reunir ciertas características, tales como: una representación visual; para algunos expertos, la pornografía “auditiva”, en la cual se mantienen conversaciones con contenido sexual implícito o explícito no pueden considerarse sino corrupción de menores, pero no pornografía infantil; la representación debe ser real, es decir que debe tratarse de personas reales y no creadas por ningún medio tecnológico ya

⁵ CUADROS Ferré, Isabel. ORDOÑEZ Vera, Martha. 2006 La infancia rota: testimonio y guía para descubrir y tratar el abuso infantil. Bogotá: Norma. Pág. 47.

⁶ LAZO Urbina, E.; MARÍN González, H. y MARROQUÍN Molina, S. 1997. La pornografía. (on line) <http://www.monografias.com/trabajos15/pornografía/pornografía.shtml>>

⁷ OIT/IPEC 2003. Pág 26.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 11

que en estos casos no existe bien jurídico a proteger, puesto que no se vulnera la indemnidad sexual de nadie, sin embargo esto aún esta a discusión, pues para algunos juristas en estos casos, se vulnera no la indemnidad sexual de un menor en específico, sino la de todos los menores del mundo, pues se sigue alimentando el morbo y satisfaciendo la necesidad de un pederasta.

Debido a la inmadurez psicológica de los menores para decidir, el consentimiento del menor para la realización de actos de pornografía no es atenuante de responsabilidad, de hecho el consentimiento se descarta por completo, a este tenor, el artículo 7 de la Ley 1453 de 2011, modificatorio del Código Penal, indica que:

“Artículo 188 C. Uso de menores de edad para la comisión de delitos: El que induzca, facilite, utilice, constriña, promueva o instrumentalice a un menor de 18 años a cometer delitos o promueva dicha utilización, constreñimiento, inducción, o participe de cualquier modo en las conductas descritas, incurrirá por este solo hecho, en prisión de diez (10) a diez y veinte (20) años...”⁸. [CPC 11]

En el mismo sentido se manifiesta el artículo 218 del Código Penal:

“Artículo 218. Pornografía con personas menores de 18 años. Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009: 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, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 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.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima”⁹. [CPC 11]

Este artículo es sumamente importante para la tipificación del delito, pues de él emanan los verbos rectores que describen los actos que pueden ser considerados como punibles; así las cosas se tienen trece verbos rectores a saber: fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba; estos verbos prácticamente cierran un cerco alrededor de los consumidores y productores de pornografía infantil, pues abarca todas y cada una de las partes que conforman las redes internacionales. Cuando se habla de producir, se debe entender como “elaborar o fabricar en el caso de películas o fotografías”¹⁰ [DON 01]. Por lo general, aunado al concepto de producir se encuentra el de exhibir, se refiere a la “organización de eventos en vivo con menores de 18 años, en los que se expongan escenas con contenidos pornográficos. De lo que se trata es que actúen menores en espectáculos que pueden ser vistos por terceros, con contenidos pornográficos. El fin de la norma es la exhibición a un grupo determinado de personas sea público o no”¹¹. [DON 01]

Divulgar se refiere a la distribución a los adquirientes o destinatarios de pornografía ; no se debe confundir divulgar con distribuir, ya que distribuir se refiere a cosas tangibles como videos, revistas o fotos impresas, mientras que divulgar se refiere a intangibles, como datos de computador, ficheros, archivos, etc. Cuando se habla de vender, se hace una semejanza con el verbo enajenar; este concepto refiere a un contrato en el que se requieren dos partes, con obligaciones de entregar la cosa a cambio de dinero y que sea una actividad consensuada. Poseer se refiere a la posesión orientada al tráfico y se entiende por la posesión de pornografía que está dirigida a traficar con ella; sin embargo la ley no hace una distinción específica entre la “posesión orientada al tráfico” y la “posesión para consumo”, por lo que debe entenderse que para el caso las dos conductas son punibles. Por otra parte, se sabe, según estudios recientes que “el 40% de los poseedores de pornografía infantil arrestados eran delincuentes duales, es decir, poseían pornografía infantil y también sometían a víctimas infantiles a actos sexuales, lo cual

⁸ Código Penal Colombiano. 2011 Bogotá: Editorial unión Ltda, p. 96.

⁹ Código Penal Colombiano. 2011 Bogotá: Editorial unión Ltda. p. 108.

¹⁰ DONNA, Edgardo. A. 2001. Delitos contra la integridad sexual. Buenos Aires: Culzoni Ediciones. P. 74

¹¹ DONNA, Edgardo. 2001. Op Cit. P 75

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 11

establece un vínculo entre la simple posesión y la realización del abuso sexual”¹². [WOL 05]

En este punto es menester tocar el tema del verbo rector “almacene”, que a juicio del equipo investigador podría ser la conducta más frecuente dentro del tipo penal, ya que incluye a quienes la producen, la distribuyen, portan, transmiten y consumen; se podría decir que posee un elemento subjetivo relacionado con los fines del almacenamiento; quizá sea necesario constatar que el propósito del almacenamiento, es la distribución y comercialización para poder hablar de una conducta punible¹³ [POL 04]; para una parte de la doctrina, al ser el bien protegido la moralidad pública y la indemnidad sexual de los menores, éstos solo se verían lesionados por quienes producen dicho material. Por otra parte cuando se habla de almacenar, no se especifica en el tipo penal la cantidad de pornografía almacenada, lo que es indiferente para la tipificación. En todo caso, el almacenamiento para uso personal, es el último eslabón de una larga cadena de comisión de delitos que vulneran en todo sentido el derecho de los menores; lo que se pretende con este verbo rector, es prevenir y desalentar este tipo de conductas. El verbo transmitir cobra vital importancia en estos tiempos en los cuales la producción de la pornografía ha dejado de ser exclusivo del ramo editorial y ha encontrado un perfecto lugar para desarrollarse eficaz, eficiente y anónimamente por medio del internet; así, la Ley 679 de 2001 establece que:

“Artículo 7. Prohibiciones. Los proveedores o servidores, administradores y usuarios de redes globales de información no podrán:

¹² WOLAK, Janis. 2005. Child Pornography Possessors Arrested in Internet Related Crimes: Findings from the National Juvenile Online Victimization Study vii, n.1 (Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados.)

¹³ POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, en Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Primera Edición, año 2004; también MOLINA CANTILLANA RENE, en Delitos de Pornografía Infantil, Editorial Librotecnia, primera Edición, año 2007.

1. Alojar en su propio sitio imágenes, textos, documentos o archivos audiovisuales que impliquen directa o indirectamente actividades sexuales con menores de edad.

2. Alojar en su propio sitio material pornográfico, en especial en modo de imágenes o videos, cuando existan indicios de que las personas fotografiadas o filmadas son menores de edad.

3. Alojar en su propio sitio vínculos o links, sobre sitios telemáticos que contengan o distribuyan material pornográfico relativo a menores de edad.¹⁴. [UNI 11]

No solo los proveedores de servicios de internet están condicionados por la ley, el artículo 219A del Código Penal sanciona también a “el que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años”¹⁵. [CPC 11]

De igual manera, aquel que facilite información concerniente a ubicaciones en sitios de internet que contengan pornografía infantil, como difusión de páginas o de links que direccionen a dichas páginas está incurriendo en el delito de complicidad.

En el delito de pornografía infantil el bien jurídico protegido es libertad, integridad y formación sexuales; la jurisprudencia es clara por cuanto establece que “la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía tienen numerosas

¹⁴ Ley 679 de 2001. (on line) unicef.org.co (consultado el 10 de Octubre de 2011) Disponible en Internet: <http://www.unicef.org.co/Ley/LN/06.pdf>

¹⁵ Código Penal Colombiano. 2011. Bogotá: Editorial unión Ltda. p. 109.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 11

dimensiones que van desde las violaciones estructurales o sistemáticas de los derechos de los niños a las violaciones particulares y menos organizadas¹⁶.

Algunos autores consideran la libertad sexual como bien jurídico protegido, Orts Berenguer hace una definición amplia de la libertad sexual, considerándola como: “la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y por la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan las de escoger compañero, con su consentimiento por descontado y rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques”.¹⁷ [ORT 99]

En forma alguna se niega la existencia de la sexualidad infantil, pero se reconoce que el menor no está en capacidad de aceptar y comprender la sexualidad de la misma forma en que lo hace un adulto, motivo por el cual, esa sexualidad debe ser protegida de eventos que dejen secuelas, ya sean estas físicas o psíquicas. Precisamente es en el aspecto de las secuelas psíquicas que se apoya la tesis del bien a proteger que es la integridad, ya que se vulnera la dignidad del individuo tanto como su libertad personal.

El sujeto activo puede ser cualquier persona física, hombre o mujer con capacidad de culpabilidad, no se distinguen características físicas o etarias al respecto, el único punto en común que se puede tomar para establecer un perfil es el hecho de que son personas con amplios conocimientos de equipos de cómputo, grabación y fotográficos; de estos sujetos surgen dos clases, los pedófilos pasivos, que nutren sus fantasías con la pornografía que consumen, y pedófilos activos, que no se detienen en sus fantasías y que en la mayoría de los casos se convierten en abusadores sexuales que producen su propio material y después lo

comparten, siendo este un círculo vicioso difícil de cerrar, a este tenor Orts Berenguer y Roig Torres, “tratándose de producciones en las que hay una distribución del trabajo, autor podrá ser únicamente quien esté en condiciones de decidir la intervención del menor o del incapaz, lo que no estará al alcance de quien se limita a iluminar la escena o a controlar la grabación, los cuales, a lo sumo, podrán ser considerados cómplices”¹⁸. [ORT 01]

El sujeto pasivo tiene que ser un menor de edad o incapaz. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, destacando aquellas situaciones en las cuales el menor de edad se ve aún en un estado más vulnerable, tales como la desintegración familiar, el maltrato o el hecho de que sus padres estén involucrados en la industria del sexo. De igual manera los niños de la calle o aquellos que se encuentran en estado de orfandad al cuidado de instituciones, sin que por ello los que no pertenecen a grupos marginales y crecen dentro de familias estables y bien conformadas no sean vulnerables, simplemente los mas desprotegidos son víctimas más fáciles para la delincuencia (Sentencia C-318 De Abril 24 De 2003, Corte Constitucional. M.P. Jaime Araújo Rentería).

3. JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado en diversas ocasiones en asuntos concernientes a la pornografía infantil, ya sea en casos en los cuales se está judicializando a una persona, como para definir la constitucionalidad de leyes o protocolos que el Estado colombiano ha creado o suscrito y que tiene que ver con la protección de los niños, niñas y adolescentes, a continuación se hará breve análisis de algunas de estas decisiones de la Corte.

Proceso n° 32554, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente José Leónidas Bustos Martínez. Bogotá, D.C., siete de septiembre de dos mil once.

¹⁶ Sentencia C-318 de abril 24 de 2003, Corte Constitucional. M.P. Jaime Araújo Rentería,

¹⁷ ORTS Berenguer, Enrique; “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): Agresiones sexuales”, en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y otros; 1999. Derecho Penal. Parte Especial, 3ª edición revisada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 212.

¹⁸ ORTS Berenguer, E. ROIG Torres, M. 2001 Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 130.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 11

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado Ralph Paladino, acusado de proxenetismo con menores, a cuya morada se realizó un allanamiento, encontrándose literatura que implicaba actividad sexual con menores, así como un computador en el cual se encuentran archivos de igual naturaleza. Se le acusa de los delitos de pornografía con menores y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer o contactar servicios sexuales de menores. La defensa establece que la edad de los implicados en los archivos no fue determinada mediante una prueba pericial, sino con base en las meras apreciaciones de la Fiscalía y el Tribunal. Si bien la ley contempla distintos mecanismos de valoración, tales como la prueba testimonial, la pericial, la documental y la de inspección, esto no indica que no pueda establecerse la minoría de edad en sujetos cuyas características morfológicas a todas luces pertenecen a un menor de edad: baja estatura, contextura ósea, ausencia de vello púbico y axilar, ausencia de mamas en las mujeres u órgano sexual poco desarrollado en los varones. Este punto es muy importante, puesto que muchas de las imágenes que los pedófilos almacenan no son producidas por ellos, no son hechas con menores que ellos conozcan, a veces ni siquiera son del mismo país, sino que son imágenes que circulan libremente por la red, lo cual hace imposible un dictamen pericial directo al sujeto pasivo. Así pues la Corte es acertada al tomar en cuenta estos aspectos y darles validez, más allá de la certeza que otorga la prueba pericial. El equipo investigador considera entonces que la Corte ha sido acertada en su decisión de negar el recurso de casación.

Proceso n.º 33449, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente, Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá, D. C., cinco de mayo de dos mil diez.

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de los fundamentos de la demanda de casación presentada por el defensor de Óscar Velasco Ruiz en contra del fallo de segunda instancia proferido por la conducta punible de pornografía con menores, debido a que la conducta jamás comprendió alguno de los verbos rectores contenidos en el artículo 218 del Código Penal. El defensor aduce que no se incurrió en la exhibición del material, pues sólo lo hacía con los menores a los cuales fotografiaba, lo que, en todo caso a consideración del defensor, sería corrupción de menores; sin embargo el

tribunal adujo que las imágenes y videos del inculpado circulaban por el internet por medio de correos electrónicos, motivo por el cual se deduce que estos solo pudieron ser exhibidos y difundidos por el titular de la cuenta, y por consiguiente, el dueño del portátil.

Para la Corte la tipificación del delito debe realizarse no sólo bajo la luz de los artículos 44 y 45 de la Constitución Política, sino que deben tomarse en cuenta los protocolos a los cuales está suscrito el Estado colombiano. En especial el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, adoptado en Nueva York el 25 de julio de 2000 y aprobado en la legislación mediante la ley 765 de 2002, con este Protocolo se busca “la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda”, de igual manera se destaca la importancia para que las legislaciones de los países suscriptores se modifiquen y así logren unificarse.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, propone los verbos rectores “producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión”, con el fin de cubrir desde todos los flancos posibles las conductas relacionadas con la pornografía infantil, en el conocimiento de que muy pocas veces se realiza una sola acción, quienes están inmersos en esas actividades, a la postre van extendiendo su campo de acción, consumen, divulgan entre ellos y en internet, y de igual manera producen su propio material, mismo que también divulgan; de ahí deriva la petición que hacen a los demás Estados para que adecuen sus legislaciones, con el fin de tener una legislación internacional coherente, adecuada a los escenarios jurídicos internacionales, en un problema de orden social como lo es la pornografía infantil, que ha tomado ya tintes de problema internacional. Por todo lo anterior se puede considerar como acertada la decisión de la Corte.

Sentencia C-853/09, Accionante: Miller Alfonso Ramírez Solórzano, Magistrado Ponente Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D. C., veinticinco de noviembre de dos mil nueve.

Se dirime la inexecutable del artículo 18 parcial, de la Ley 1121 de 2006, “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones”, que modificó el artículo 441 del Código Penal. Para el accionante el aparte impugnado vulnera los artículos 13 (derecho a la igualdad), 44 (derechos de los niños), 45 (derechos de los adolescentes) y 93 (prevalencia de los tratados de derechos humanos) de la Constitución. Dicho artículo establece penas para quien omita la denuncia sobre conductas de proxenetismo en menor de 12 años, dejando por fuera al grupo etario que se contempla entre los 12 y los 18 años, lo cual podría afectar al grupo más vulnerable en cuanto a rangos de edad, los adolescentes. Los distintos intervinientes se pronuncian a favor de la declaración de inexecutable, puesto que consideran que su exclusión podría interpretarse como trato discriminatorio. Para la Corte las distintas normatividades deben guardar coherencia en relación con la Carta Magna, así como con los Protocolos a los cuales el Estado se ha suscrito, especialmente cuando se trata de la protección de los grupos más vulnerables.

El Protocolo antes mencionado tiene vital importancia, puesto que por medio de él se introdujeron nuevos verbos rectores que, aunados a los ya existentes, terminaron por extender la tipificación del delito de pornografía infantil. La Corte ha señalado que “en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años)”, Sentencia C-019 de 1993. Para la Corte, el legislador ha buscado una protección especial a los menores de 12 años, debido a su vulnerabilidad, lo cual es comprensible; sin embargo cae en un error al dejar por fuera a los mayores de 12 años, pero menores de 18, que a la luz de la Constitución, están cobijados por el concepto “menor de edad”. La expresión “menor de 12 años” es declarada inexecutable; es evidente que la decisión de la Corte ha sido acertada, ya que si bien la madurez de un menor de 12 años no es igual que la de uno de 17, se sabe que el grupo de los adolescentes es uno de los más vulnerables y por lo tanto es presa fácil de las redes de pornografía infantil.

Sentencia C-318/03, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá, D.C., veinticuatro de abril de dos mil tres.

En esta sentencia la Corte entra en el proceso de revisión de la Ley 765 de 2002, “por medio de la cual se aprueba el ‘Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía’. La Corte reconoce, tras analizar el Protocolo, que éste persigue los mismos objetivos que la Constitución, especialmente a la protección de la cual tratan los artículos 44 y 45, los cuales guardan concordancia con los artículos 34 y 35 de dicho Protocolo, pues contemplan la protección del menor, pero especifican en que es protegido de cualquier tipo de explotación sexual. Sin embargo, la importancia de esta sentencia radica no tanto en la aceptación del Protocolo, sino en que, por medio de dicha aceptación se han agregado nuevos verbos rectores, ya que la legislación anterior sólo contemplaba seis verbos “fotografie, filme, venda, compre, exhiba o comercialice”. Evidentemente todas las acciones que describen los verbos rectores, tienen un carácter delictivo, sin embargo un avance significativo fue la inclusión del verbo “porte”, pues con este se cubren dos flancos, ya que quien porta la pornografía o bien la compra o bien la vende, produce o divulga. Es evidente entonces que el legislador se ha preocupado por cubrir todas las posibilidades de actuación de los pederastas y garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a un libre desarrollo, a la intimidad, y al libre ejercicio de la sexualidad.

El análisis de las sentencias anteriores permite entonces inferir que la Corte tiene como tendencia en sus decisiones la protección integral y efectiva de los menores de 18 años, y para ello no sólo ha modificado su legislación interna, sino que se ha suscrito a los distintos Protocolos y Tratados necesarios para garantizar dicha protección.

4. SITUACIÓN ACTUAL EN COLOMBIA RESPECTO A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL COMO DELITO, LEGISLACIÓN Y TRATAMIENTO EN EL DERECHO COMPARADO.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 9 de 11

Cada año, de acuerdo con datos de estudios elaborados por la UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), alrededor de un millón de niñas y niños se suman al mercado de la explotación sexual comercial en el mundo, generando, a pesar de su carácter ilegal, ganancias estimadas en 7 billones de dólares al año. Cantidad con la cual sería posible garantizar el acceso a la educación primaria de todas las niñas y niños del mundo¹⁹. [UNI 01]

Cuantificar la violencia contra los menores, es una cuestión difícil; metodológicamente hablando, en principio, los sistemas de información en algunas entidades se encuentran en desarrollo, lo que hace que los registros sean incompletos, o que no sean confiables; a esto debe sumarse el carácter clandestino de la actividad y la aún incipiente claridad en los alcances de la indagación en intervención. Muchos de los casos no son reportados y cuando lo son, los registros no contienen la información necesaria para dar un panorama amplio y sucinto del problema.

Según la Defensoría del Pueblo, 25.000 menores de edad son víctimas de la explotación sexual en Colombia; 16.000 de ellos están entre los 8 y 12 años (Defensoría del Pueblo 2000). Debido a lo anterior, el Estado colombiano se ha propuesto que, en el periodo comprendido entre 2008 y 2015, se elaborarán criterios, normas, planes, metodologías, instancias planeadoras y ejecutoras y políticas encaminadas a crear nuevas realidades sociales e institucionales que cierren el cerco al trabajo infantil.

Este Plan se une así a las ya existentes legislaciones y normatividades que al respecto existen en el país, siendo algunas de ellas:

- ♦ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Proclamada por la Asamblea de la ONU en 1948, en la cual se reconoce el derecho a la de igualdad.
- ♦ Declaración de los Derechos del Niño. Proclamada por la Asamblea de la ONU en 1959.
- ♦ Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia mediante la Ley 12

de 1991. Adoptada por la Asamblea de la ONU en 1989, plantea que la infancia tiene derecho a cuidados, asistencia y protección especial.

- ♦ El convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de la OIT (1999) prohíbe la utilización de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas, ratificado por Colombia mediante la Ley 704 de noviembre de 2001.
- ♦ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, adoptado en el 2000 y ratificado por Colombia mediante la Ley 765 de 2002.
- ♦ Constitución Política. Artículo 44. Derechos fundamentales del niño.
- ♦ Ley 1098 de 2006. Código de la Infancia y Adolescencia. Contempla todas las medidas necesarias para la protección integral del menor, así como las acciones del Estado para lograr esa protección.
- ♦ Código Penal. Establece la tipificación del delito y las sanciones a las que se hace acreedor quien incurra en él. Art. 217, 217A, 218, 219 y 219A.
- ♦ Ley 747 de 2002. Por medio de la cual se hacen unas reformas y adiciones al Código Penal y se crea el tipo penal de “trata de personas”.
- ♦ Ley 679 de 2001. Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.

Ha sido intención de todos los Estados en forma general modificar sus legislaciones con el fin de unificarlas y que la ley en todos ellos sea más o menos parecida, con el objetivo de que las normatividades internas de cada país no se contradigan entre ellas; cuando se revisa la legislación comparada, acudiendo a las leyes concernientes a la pornografía infantil, se encuentra con que en todos estos países, de acuerdo a los Protocolos y Convenciones internacionales, el interés principal es la protección del menor.

En Reino Unido existían tres normatividades en las cuales se habla de pornografía infantil: la ley de delitos sexuales, de 1956; la de publicaciones obscenas, de 1959 y la de indecencia con los niños, de 1960. Sin embargo, todas ellas fueron consideradas como insuficientes o poco precisas para combatir la pornografía, por este motivo se creó la ley contra la pornografía infantil, o “Ley para la Protección de los

¹⁹ UNICEF, 2001. “Explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Antecedentes y avances”. <http://www.unicef.org/mexico>

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 10 de 11

Niños” en 1978, con la que se logró una legislación más amplia y completa al respecto. La principal novedad en esta ley, es la introducción del término “pseudofotografía”, la que se refiere a la creación de imágenes pornográficas casi idénticas a las humanas de menores realizando actos sexuales.

En el país en el cual la libertad de expresión es llevada incluso a los extremos, la legislación es clara y contundente cuando de pornografía con menores se habla. Estados Unidos, más allá de la libertad de pensamiento y expresión que se da a sus ciudadanos a través de la Primera Enmienda, tipifica la pornografía infantil como delito por medio del Código de los Estados Unidos, Título 18, Sección 2256 y la define como: “Cualquier representación visual, incluyendo cualquier fotografía, película, video, foto o imagen o foto de computadora o generada por computadora, sea hecha o producida por medios electrónicos, mecánicos, u otros, de conducta sexual explícita...”. En esta ley se contempla el carácter delictivo de la creación de imágenes de menores por medio de programas de diseño que imitan el cuerpo humano, pero se va aún más allá, cuando tipifica como delito a la utilización de personas mayores de edad que por cualquier medio pretendan parecer menores de edad.

En México no existe en sí una ley que verse exclusivamente sobre pornografía infantil, sin embargo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en el Artículo 5 que “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”. Algunos de los Estados de dicha república (departamentos) si contemplan el delito, ejemplo de ello es el Código Penal Federal (con validez únicamente en el Distrito Federal), Título Octavo
 Capítulo II Corrupción de menores e incapaces, Pornografía infantil y prostitución sexual de menores. Sin embargo, y pese a no contar con una ley que sea exclusiva de la pornografía, México está suscrito a la gran mayoría de los Protocolos y Convenciones Internacionales creados para combatir este flagelo.

En Chile la Ley núm. 19 927 del 14 de enero de 2004 trata la pornografía de cualquier menor de 14 años, pero también de los menores de 18 y tipifica cualquier actividad sexual explícita, real o simulada, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales. Los verbos rectores que esta ley contempla son: comercialice, importe, exporte, distribuya, difunda o exhiba. Permite la interceptación y grabación de comunicaciones cuando exista sospecha de la comisión del delito y obliga a los proveedores de

servicios de comunicación a establecer los mecanismos para eliminar esa conducta.

En España la pornografía infantil se regula en el artículo 189 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal vigente, los verbos rectores del tipo penal son: producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición. En este país es también delito la financiación de estas actividades, se tipifica también la posesión de pornografía infantil y la omisión de denuncia, así como la utilización de la voz de menores para realizar material pornográfico.

Holanda ha sido un bastión en cuanto a libertad sexual se refiere, sin embargo también ha legislado para proteger a los menores de la pornografía, se protege a los menores de 16 años y a partir de 2002, no es necesaria la denuncia para realizar una investigación. Los verbos rectores que contempla el Código Penal holandés son: distribuya, exponga, exhiba, produzca e importe. Esta legislación también pone en práctica los lineamientos del Consejo de Europa sobre la ciber delincuencia y el Convenio de la OIT sobre la Prohibición y a Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil, lo cual significa un hito en cuanto a la criminalización de la pornografía infantil virtual.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El panorama actual en materia de pornografía infantil, es tan inmenso como desalentador; las cifras no mienten; es un delito que se comete y cuya frecuencia, lamentablemente está a la alza. Si bien el Estado colombiano se ha preocupado por legislar al respecto y por conminar a las autoridades e instituciones competentes a redoblar esfuerzos para combatir este flagelo, la lucha se ha quedado corta. Colombia es hoy en día uno de los destinos preferidos para el turismo sexual, no tanto por la belleza de sus playas, como por la impunidad con que se cometen delitos de índole sexual contra menores y la facilidad para llevarlos a cabo.

La llegada al escenario de la pornografía infantil de los adelantos tecnológicos, que han servido como parapeto y refugio de los pedófilos y ha facilitado la producción, distribución y transmisión de datos en los cuales hay contenidos pornográficos, ha significado un nuevo reto para las autoridades, que han debido crear y modificar las leyes acordes a los nuevos tiempos, por medio de las cuales se establezcan nuevos tipos penales y se modifiquen las ya existentes.

Evidentemente la situación social del país ha creado el clima propicio para la reproducción de este problema;

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 11

factores de orden cultural, social, económico, contribuyen para que ocurra; la violencia, la desigualdad, la inequidad, el consumismo, la discriminación, el desplazamiento, pero sobre todo la pobreza, son los factores que hacen que alguien vea su infancia vendida al mejor postor de la manera más desalmada. Es necesario, bajo este escenario crear las medidas convenientes para intensificar la lucha contra la pornografía infantil, crear un marco regulatorio conveniente y eficaz contra estas conductas y modificar el ya existente para agravar aún más las sanciones vigentes, crear un sistema de información completo, veraz y actualizado sobre estadísticas de las denuncias sobre pornografía infantil, crear una base de datos completa, veraz y actualizada de los criminales sexuales de los que se tenga conocimiento y llevar un seguimiento de los mismos, aún cuando hayan cumplido su sentencia, pues es conocido y documentado, el carácter reincidente de este tipo de delincuente, desarrollar campañas por medio de las cuales se eduque a la población para que conozca el delito y pueda proteger a los menores, crear un organismo especializado en delitos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes que se especialice en el ciberespacio y legislar para que sea aún más estricta la normatividad dirigida a la actuación de los proveedores de internet.

BIBLIOGRAFÍA

CÁRDENAS, S. y RIVERA, N. Renacer: Una propuesta para volver a nacer. Bogotá: Fundación RENACER - UNICEF Colombia. 2002. P. 41.

Código Penal colombiano. Bogotá: Editorial unión Ltda. 2011.

CUADROS Ferré, Isabel. ORDÓÑEZ Vera, Martha. La infancia rota: testimonio y guía para descubrir y tratar el abuso infantil. Bogotá: Norma. 2006, P. 47.

DONNA, Edgardo. A. Delitos contra la integridad sexual. Buenos Aires: Culzoni Ediciones. P. 74

GALVIS, Ligia. "Para que los niños y niñas puedan vivir en dignidad". En: Normativa nacional e Internacional para la prevención y atención del abuso y la explotación sexual en la niñez. Primera Edición. Bogotá: UNICEF. 2003. P. 105.

LAZO Urbina, E.; MARÍN González, H. y MARROQUÍN Molina, S. La pornografía. (on line) <http://www.monografias.com/trabajos15/pornografía/pornografía.shtml> (1997)

Ley 679 de 2001. (on line) [unicef.org.co](http://www.unicef.org.co) (consultado el 10 de Octubre de 2011) Disponible en Internet: <http://www.unicef.org.co/Ley/LN/06.pdf>

OIT/IPEC 2003. P. 26.

ORTS Berenguer, Enrique; "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I): Agresiones sexuales", en VIVES ANTÓN, Tomás Salvador y otros; Derecho Penal. Parte Especial, 3ª edición revisada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch. 1999. P. 212.

ORTS Berenguer, E. ROIG Torres, M. Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001. P. 130.

UNICEF, "Explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes. Antecedentes y avances". <http://www.unicef.org/mexico> (1 de marzo de 2001).

POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, en Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Primera Edición, año 2004; también MOLINA CANTILLANA RENE, en Delitos de Pornografía Infantil, Editorial Librotecnia, primera Edición, año 2007.

UNICEF. Fondo de las Naciones Unidas para la infancia Oficina de Área para Colombia y Venezuela. La niñez colombiana en cifras. [on line] <http://www.publicaciones.unicefcolombia.com/wp-content/uploads/2011/03/cifras.pdf> (citado en Noviembre de 2002)

WOLAK, Janis. Child Pornography Possessors Arrested in Internet Related Crimes: Findings from the National Juvenile Online Victimization Study vii, n.1 (Centro Nacional para Menores Desaparecidos y Explotados. ed., 2005)