

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

SP123-2018

Radicación No. 45868

(Aprobado acta No.38)

Bogotá, D.C., siete (07) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Derrotada la ponencia presentada por la Magistrada doctora Patricia Salazar Cuéllar, resuelve la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por la Fiscalía 2ª Seccional de Bucaramanga, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior, mediante la cual revocó la condena de 134 meses de prisión y multa de 166 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que el Juzgado 5º Penal del Circuito de esa ciudad le impuso a Carlos Arturo Bermúdez Martínez, en sentencia del 14 de marzo de 2014 por el delito de pornografía con persona menor de 18 años, en concurso material homogéneo.

HECHOS

En anterior ocasión la Corte los narró de la siguiente manera¹:

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

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

Culminada la sesión, en la que se habrían realizado aproximadamente 200 tomas a las prenombradas menores de edad, LPP, prima de LPBG, encontró a SL en su casa con un “hilo” blanco. Habiéndole manifestado aquélla que lo obtuvo del hotel donde se realizó la sesión fotográfica, se dirigieron a ese lugar. Cuando CARLOS ARTURO BERMÚDEZ MARTÍNEZ estaba saliendo de allí, LP le indicó a un policía del CAI del barrio Antonia Santos que en ese sitio se habían tomado unas fotos “indecentes”. El uniformado requirió al señor BERMÚDEZ en la carrera 18, entre calles 36 y 37, para que le enseñara las fotos, a lo que éste accedió voluntariamente. Por considerar el agente que el contenido de las imágenes podía ser pornográfico, dado que algunas se enfocaban en zonas genitales, glúteos y senos, mientras que en otras había poses insinuantes, lo capturó.”

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Por los referidos hechos, ante el juez de garantías (8º Penal Municipal), el 3 de diciembre de 2011 la Fiscalía le imputó a Carlos Arturo Bermúdez Martínez, el delito de pornografía con personas menores de 18 años, en concurso material homogéneo (arts. 31 inc. 1º y 218 del CP); solicitó, además, y se le impuso al imputado medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Presentado el escrito de acusación y rituado el juicio, el Juzgado 5º Penal del Circuito de Bucaramanga, en consonancia con los cargos formulados, condenó a Bermúdez Martínez y le impuso la pena referida. Protestada la decisión por la defensa, el Tribunal Superior de Bucaramanga la revocó mediante sentencia del 29 de enero de 2015, en consecuencia, lo absolvió y ordenó su libertad inmediata.

Contra la sentencia de segunda instancia la Fiscalía interpuso recurso extraordinario de casación. En la demanda de sustentación, propuso un cargo de violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 2-2 del Decreto 1524 de 2002, y uno adicional de violación indirecta mediante falso raciocinio, los cuales, al no satisfacer los requisitos mínimos de postulación y faltar al deber de reseñar con fidelidad la estructura probatoria y la motivación de la sentencia recurrida, fueron inadmitidos por la Sala2.

No obstante, en orden a materializar el fin de la casación concerniente a la unificación de la jurisprudencia, en lo que tiene que ver, concretamente, con el alcance de las normas del derecho penal sustantivo, la Sala, haciendo abstracción de los defectos advertidos, dispuso examinar de fondo el primer cargo del libelo (violación directa de la ley), con el propósito de fijar el alcance de la expresión representaciones reales de actividad sexual, ingrediente normativo del tipo penal del artículo 218-1 del Código Penal.

DEMANDA DE CASACIÓN

En la calificación de la demanda se sintetizó el cargo objeto de análisis en los siguientes términos:

“3.1 Al amparo del art. 181-1 de la Ley 906 de 2004 (CPP), la libelista acusa la sentencia de segunda instancia por infracción directa de la ley sustancial, basada en interpretación errónea del art. 2º num. 2 del Decreto 1524 de 20023. El Tribunal, alega, sostuvo que la representación de las partes genitales de un menor con fines primordialmente sexuales “únicamente” realiza la descripción típica del art. 218 del CP cuando la persona fotografiada es menor de 14 años de edad.

Desde esa perspectiva, prosigue, el ad quem determinó incorrectamente que, como las víctimas tenían 16 y 17 años cuando participaron en la sesión fotográfica, no podría afirmarse la tipicidad objetiva del delito imputado. Sin embargo, subraya, tal interpretación es equivocada por las siguientes razones: i) los antecedentes legislativos de la Ley 1336 de

2009, modificatoria del art. 218 del CP, claramente establecen que la pornografía infantil tiene lugar cuando se involucra un niño o niña, es decir, alguien menor de 18 años de edad; ii) estableciendo el tipo penal concernido que el sujeto pasivo de la conducta es un niño, para hacer alusión a una persona que no ha cumplido 18 años, no es aplicable el art. 34 del Código Civil, que define al infante como alguien menor de 7 años de edad; iii) el art. 1º de la Ley 765 de 2004 entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad y iv) a la luz de los arts. 2º y 5º de la Ley 679 de 2001, la pornografía infantil cubre a todo menor de 18 años, sin hacer ningún tipo de distinción o clasificación.

De suerte que, dice, al considerar el Tribunal que solamente existe pornografía con menores de edad cuando la conducta involucra a menores que no han cumplido 14 años, desconoce el bloque de constitucionalidad -en lo referente a los instrumentos internacionales de derechos humanos para la protección de los niños- y la cláusula de prevalencia de los derechos de aquéllos frente a los de las demás personas (art. 44 de la Constitución).

Si se hubiera interpretado correctamente el precepto normativo atrás aludido, concluye, habría tenido que establecerse, como lo hizo el juez de primera instancia apoyado en la normatividad referida en precedencia, que las fotografías, por exhibir partes íntimas de las menores, dan cuenta de actividad sexual real. Por ello, resalta, configurándose este ingrediente normativo del tipo, mal podría absolverse por atipicidad.

Por el contrario, sostiene, las fotografías incorporadas a la actuación -y así lo reconoce el Tribunal- muestran la parte externa de los genitales de dos menores de edad y otras partes íntimas, como la entrepierna y los glúteos. De donde, a su modo de ver, se sigue la tipicidad del comportamiento atribuido al procesado, por consistir ello en una representación de actividad sexual real."

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

La Fiscal Cuarta Delegada ante la Corte, refirió los antecedentes de la reforma introducida

al artículo 218 del Código Penal, mediante la Ley 1336 de 2009 (art. 24), ante la necesidad originada en los avances tecnológicos que permiten la rápida y fácil propagación de imágenes en las cuales se representan abusos en contra de los menores de edad.

Precisó, además, los conceptos de pornografía blanda: aquella que revela imágenes que no son sexualmente explícitas pero que contienen desnudez o seducción, y dura: la que muestran escenas de acceso carnal o de actos sexuales.

Entiende, además, que en el análisis del ingrediente normativo representaciones reales de actividad sexual, del artículo 218 del Código Penal, se comprende que la pornografía infantil es una especie de pornografía y por involucrar menores de edad la interpretación que se haga debe consultar la Ley 679 de 2001 y el Decreto 1524 de 2002, artículo 2-2, el cual define la pornografía infantil como toda representación, por cualquier medio, de un menor de edad dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

Estima que la sentencia del Tribunal define la pornografía y el ingrediente de las representaciones reales de actividad sexual, en el entendido de que se trata de seres adultos, por lo cual recurre a estándares muy altos, exigentes y crudos, como imágenes que den cuenta de penetraciones, tocamientos, masturbación, etc. Sin embargo, ocurre que la pornografía adulta no es punible, por eso, si analizamos la infantil bajo los mismos criterios, necesariamente la conducta de quien se vale de menores para difundir imágenes en poses y ropa interior sugestiva, que naturalmente elevan la libido de quienes son atraídos sexualmente por niños, sería una conducta atípica, en tanto se analiza a la luz de los derechos y el comportamiento sexual de los adultos, examen errado ya que no comprende los supuestos en los cuales se pone en riesgo la formación sexual de los niños, al exponerlos a la comercialización de las imágenes de sus cuerpos.

Afirma que los registros fotográficos de las menores en el presente asunto, se tomaron para

hacer florecer en el observador sus instintos sexuales y constituyen representaciones reales de actividad sexual, de manera que el ingrediente normativo analizado se cumple en los términos del artículo 2-2 del Decreto 1524 de 2002, que concibe la pornografía infantil como toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales, sin que ello implique que el menor deba estar desnudo, pues la norma no lo dice y se desatendería su ámbito de protección.

En síntesis, como entiende que el cargo está llamado a prosperar, la Delegada de la Fiscalía solicitó que se case la sentencia recurrida.

De contrario parecer es la representante del Ministerio Público, Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal. En su criterio, el Tribunal no violó de manera directa la ley, toda vez que la conducta atribuida al acusado es atípica, pues las fotografías que tomó de las dos menores de edad, no contienen representaciones reales de actividad sexual.

Arguye que establecer el ingrediente normativo bajo examen requiere el empleo de materiales complementarios que le permitan al juez definir en qué radica lo prohibido, ya que resulta clara la existencia de una zona incierta o vacilante de esa noción, la cual está expuesta a ciertos valores culturales, éticos, religiosos, geográficos que generan una objetiva tensión con valores como la libertad de expresión o de producción artística.

Desde su perspectiva, la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, no el aseguramiento de la indemnidad de visiones morales o éticas, y si la estricta tipicidad es una garantía que debe establecer con claridad los límites de la persecución penal, debe evitarse que tales criterios influyan sobre el establecimiento de la responsabilidad, de manera que surja de la clara adecuación de la conducta en los elementos típicos y de la afectación al bien jurídico.

Con apoyo en diversos instrumentos internacionales (Convención de los Derechos del Niño, pronunciamientos del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el Convenio de Budapest

sobre ciberdelincuencia), y el Código de los Estados, precisó que la configuración de la pornografía infantil exige que las representaciones den cuenta de un menor adoptando comportamientos sexuales explícitos o imágenes realistas que los hagan figurar en tales actividades.

En el asunto examinado, el estándar de pornografía se estableció mediante prueba pericial sexológica. El experto refirió que las imágenes pornográficas relevan interacciones que implican besos, tocamientos de partes del cuerpo, caricias de genitales, relaciones sexuales, exaltación de actividad carnal; ausentes en las fotografías captadas por el acusado, quien, según se estableció en la sentencia, las realizó para utilizarlas en la promoción de venta por catálogo de ropa interior para adolescentes.

La defensa, por su parte, solicitó no casar la sentencia recurrida. En la actuación se acreditó con los peritos traídos por las partes al juicio que las fotos tomadas por el acusado, no representa actividad sexual. Como herramientas hermenéuticas del alcance de esa expresión, propone acudir a los criterios de interpretación del Código Civil (arts. 27 a 29), y al derecho comparado, en particular al derecho penal español y al chileno, legislaciones en las que destaca que las actividades objeto de reproche (enajenación, posesión, distribución, etc.), aluden a actividades sexuales explícitas que impliquen menores de edad, o la representación de sus órganos genitales con fines primordialmente sexuales.

Las fotografías incautadas al procesado, puntualizó, no dan cuenta de actividades sexuales explícitas, tampoco representan los genitales, ni tienen fines sexuales.

CONSIDERACIONES

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

personas menores de 14 años, labor que amerita las siguientes consideraciones.

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

El texto original de la preceptiva sancionaba los actos de fotografiar, filmar, vender, exhibir o de cualquier manera comercializar material pornográfico en el que participaran menores de edad. Con modificaciones en cuanto a la pena y la remisión a los artículos 35 y siguientes del Código Civil, a efectos de determinar el parentesco, los grados de consanguinidad y afinidad, en la modalidad agravada de la conducta, el artículo 12 de la Ley 1236 de 2008 conservó la estructura de la primigenia descripción típica respecto de las conductas y el objeto sobre las cuales podrían desarrollarse, esto es, los materiales pornográficos.

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

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

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

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

En cuanto a su estructura, puede sostenerse que corresponde a un tipo completo, teniendo en cuenta que describe las conductas prohibidas y las sanciones que de ellas se derivan. Si bien no puede considerársele autónomo ya que su cabal entendimiento y aplicación requiere la interpretación de los ingredientes que lo particularizan, en rigor tampoco puede afirmarse que se trata de un tipo penal en blanco, como quiera que el alcance de la prohibición, como sucede en estos, no se aprehende de otras disposiciones del ordenamiento a las cuales deba remitirse⁶, sino del análisis que permita establecer lo que debe entenderse por representaciones reales de actividad sexual, expresión que, conforme se verá, carece de definición legal.

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

que la pornografía acarrea la posibilidad de emplear el material que la contiene y, en tanto ello ocurra, entrarán en peligro los mencionados derechos de los menores afectados.

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

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

Lo anterior implica partir del presupuesto de que la ley no define la expresión representaciones reales de actividad sexual. Sin embargo, se puede deducir sin dificultad que está referida a la pornografía, conforme lo precisan el nomen iuris asignado por el legislador a ese tipo penal, el contenido de la norma en cuanto tipifica, también, la alimentación de bases de datos en la internet con pornografía infantil, y lo ratifica la redacción original de la disposición que ligaba las diversas conductas criminalizadas al material pornográfico en el que intervinieran personas menores de edad, aunque tampoco allí se definía dicho término. Indefinición que parece común con otras legislaciones⁷, si bien universalmente se aúnan esfuerzos para hacer frente a la pornografía infantil⁸, problema de amplificada dimensión en el contexto universal, por la irrupción de incesantes y novedosas tecnologías que han transformados las pautas de producción de este tipo de material⁹.

El referente pornográfico de las representaciones que han de considerarse ilegales, se encuentra también en el derecho comparado¹⁰.

a. En los Estados Unidos, país en el cual, en términos generales, si bien se considera legal, corresponde a una temática de amplia controversia jurídica y social, que cuenta, además, con decisiones de la Corte Suprema que la erigen como una forma de libertad de expresión, subsumible en lo preceptuado por la Primera Enmienda de la Constitución, salvo, por ejemplo, cuando compromete a menores de edad, dada la especial protección que les otorga el Estado. Así, la Protect Act 2003 tipifica, incluso, la pornografía técnica o aparente y la realista o virtual, por lo que incluye dentro del concepto el dibujo, el dibujo animado, esculturas o pinturas que representen visualmente a cualquier menor participando en una conducta sexualmente explícita que sea obscena, o que represente una imagen que sea o parezca ser un menor involucrado gráficamente en conductas masoquistas, sádicas o zoofílicas, ya sea por abuso o en una relación sexual, incluyendo contacto genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal entre personas del mismo o diferente sexo, y que carezca de valor literario, artístico, político o científico. Además, el Código Federal de los Estados Unidos (2252 y 2252A) castiga la producción, distribución, recepción o posesión de pornografía de personas menores de edad, aún técnica, artificial, virtual o realista, si bien algunos autores persisten en que con la sanción de la pornografía virtual (toda la que no representa a un menor real) el Estado trata de regular el pensamiento, no las acciones, lo cual, afirman, desconoce la primera enmienda. En forma adicional, la Sección 2256 define la pornografía infantil como la representación visual que supone la utilización de un menor de 18 años involucrado en una conducta sexual explícita, real o simulada, incluida la masturbación.

b. El Reino Unido, en términos generales, castiga las imágenes prohibidas de menores, es decir, las pornográficas, aquellas que son de tal naturaleza que se debería asumir razonablemente que han sido producidas exclusiva y principalmente con propósitos de excitación sexual

c. En Alemania, se considera como material pornográfico aquel que tenga por

objeto comportamientos sexuales de, sobre o ante menores de edad, la reproducción de un menor total o parcialmente desnudo en una postura corporal innatural marcadamente sexual, y la reproducción sexualmente provocativa de los genitales desnudos o de las nalgas desnudas de un menor de catorce años¹¹.

d. El Código Penal francés (art. 227-23) castiga a quien, con ánimo de difundir, fije, registre o trasmita la imagen o la representación de un menor o que parezca serlo, cuando aquella presente carácter pornográfico.

e. El Código Penal italiano, con las modificaciones correspondientes al Convenio de Lanzarote (L. 172 de 2012), entiende por pornografía infantil, toda representación, por cualquier medio, de un niño o niña menor de 18 años de edad involucrado en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de los órganos sexuales de un menor de 18 años con fines sexuales (art. 600-ter).

f. Por último, el Código Penal español (art. 189) establece que: “A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección: a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales. c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes. d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de

un menor, con fines principalmente sexuales.”

De estas definiciones normativas, los estudiosos del tema, guiados, sobre todo, por la legislación y la jurisprudencia norteamericanas¹², entienden desde el punto de vista jurídico, que la pornografía corresponde a la exposición, la imagen o representación de conductas sexuales explícitas, dirigidas a generar excitación sexual, y que carece de todo valor literario, artístico, informativo o científico.

Entonces, más allá de su definición etimológica¹³, el concepto de pornografía se sustenta sobre dos componentes esenciales¹⁴.

1.- Un componente objetivo, referido a que las representaciones deben ser de contenido sexual (comportamiento sexual explícito) y puedan catalogarse de esa manera por el común de los observadores al revelar comportamientos manifiestamente sexuales o conductas sexuales explícitas, las cuales al interior del Consejo de Europa, acorde con el Convenio Sobre Ciberdelincuencia¹⁵ y el Informe Explicativo, aprobados por el Comité de Ministros el 8 de noviembre de 2001, se considera que “abarca por lo menos las siguientes alternativas, tanto en forma real como simulada: a) las relaciones sexuales, ya sea en forma genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal, entre menores, o entre un adulto y un menor, del mismo sexo o del sexo opuesto; b) la bestialidad; c) la masturbación; d) los abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual, o e) la exhibición lasciva de los genitales de un menor. Es indiferente el hecho de que la conducta descrita sea real o simulada.^{16”17}

De aquí se sigue que, incluso, la exhibición de los genitales se considerará conducta sexualmente explícita, sólo si se presenta en un contexto lascivo. La simple representación de los órganos sexuales, cuando no revela la capacidad de conducir al observador a un escenario sexual, no resulta pornográfica. De ahí que se afirme que los meros desnudos, las poses sugestivas y las imágenes de los genitales o de la región púbica, que no puedan

reputarse exhibición lascivas, quedarían excluidas de la consideración de pornografía, en tanto no cumplen con el primero de los requisitos del concepto, es decir, poseer un carácter sexualmente explícito.¹⁸

2.- En segundo lugar, el material pornográfico, para que lo sea, debe estar destinado a la búsqueda de la excitación sexual, lo cual significa que tiene un componente de finalidad objetivada presente en la propia representación, que no depende, por tanto, de la intención de quien lo elabora o utiliza posteriormente. Al respecto, Díez Ripollés, tras aclarar que representación sexual y acción sexual, constituyen realidades distintas, toda vez que la primera corresponde a un objeto material que tiene incorporado un determinado significado, y la segunda nos ubica ante una acción final humana en la cual lo determinante es la finalidad perseguida por el autor; en la representación sexual, en cuanto objeto material con un contenido de significado, carece de interés la tendencia de quien elabora o manipula la representación, ya que lo significativo es la finalidad objetivada que se encuentra ínsita en ella. Tendencia que, se reitera, ha de ser la de provocar la excitación sexual¹⁹.

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

Fuera de esa categoría se ubica la iconografía que no revele el contenido y la finalidad indicados. Por ejemplo, las reproducciones de desnudos que no descubran con lascivia los genitales, pues estas imágenes, por sí solas, no exponen acciones de tipo sexuales ni gestos lúbricos que despierten sensaciones de ese orden. Piénsese por ejemplo en la

histórica fotografía de “La Niña de Napalm” (the terror of war) que le mereció el Pulitzer del 73 al reportero gráfico Huyhn Công Ût (Nick Ut), la cual proyecta una persona, menor de edad²⁰, completamente desnuda, que arrastra consigo los horrores de la guerra; o en los desnudos que presentan los textos médicos o la publicidad de productos creados para la población infantil (pañales, toallas húmedas, cremas, etc.)

De igual modo, no constituyen pornografía las imágenes de niños en poses simplemente sugestivas, pues resulta imposible predicar que proyectan algún tipo de conducta sexual explícita, real o simulada, cuando se trata tan solo de una persona en una postura específica que ni siquiera exhibe de manera escueta sus genitales. Lo anterior, a pesar de que el material que las contiene pueda destinarse a la activación sexual de alguna persona o grupo de personas (los pederastas, los pedófilos), sin que tal eventualidad justifique considerar ilícita tal producción, ante la posibilidad y casi seguridad, de que a esas personas, sexualmente atraídas de preferencia o exclusivamente por los niños, imágenes incluso no sugestivas en las que aparezcan menores de edad, pueden resultarles suficientes para hallar el camino de la excitación sexual.

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

Lo anterior, sin dejar de reparar en los problemas que la criminalización de esas imágenes generarían frente a la libertad de expresión y al derecho a escoger profesión u oficio, al dar cabida a un concepto tan amplio (subjetivizado) de la pornografía, pues téngase en cuenta la enorme influencia que en la sociedad moderna ejercen disciplinas como la publicidad y el modelaje, actividades que producen de forma incesante materiales (videos, fotografías,

catálogos, etc.), que en ocasiones representan menores de edad, en poses que según se estiliza en ese medio profesional, bien pueden considerarse sugestivas, provocativas, pero que en todo caso, carecen de contenido sexual y tampoco están concebidas para generar la excitación sexual, con independencia, se repite, de que puedan ser utilizadas por algunas personas con ese particular propósito.

Todo intento de sancionar la producción de esa forma de expresión, derivaría en una prohibición de exceso, principio que, recuérdese, concibe los derechos fundamentales como límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio, de manera que sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades es compatible con los valores y fines del ordenamiento²¹.

El anterior análisis halla soporte en disposiciones de algunos instrumentos internacionales y en lo previsto para la materia en el ordenamiento nacional, pues según señala el Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía²², la pornografía infantil es “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”, definición que, se reitera, adoptó el ordenamiento patrio en el Decreto 1524 de 2002.

De igual modo, se refleja en la normativa aplicable en el contexto europeo, según lo establece el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso sexual (Convenio de Lanzarote 2007), en virtud del cual las partes contratantes se comprometieron a tipificar como delito las conductas intencionales de: producción de pornografía infantil, oferta o puesta a disposición de pornografía infantil, difusión o transmisión de pornografía infantil, adquisición para sí o para otro de pornografía infantil, posesión de pornografía infantil, y el acceso a pornografía infantil con conocimiento de causa y por medio de las tecnologías de la información y la comunicación; Instrumento

que en el artículo 20-2 establece que: “A efectos del presente artículo, por pornografía infantil se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexual explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.”

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

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

En este aspecto, nuestra legislación difiere de las que amplían el concepto de pornografía, al material elaborado especialmente por medios informáticos, en el que se manipula las imágenes de manera que a los protagonistas, siendo personas mayores de edad, se les da la apariencia de niños, o incluso penalizan el material que revela personajes ficticios, que asemejan a reales, realizando comportamientos sexualmente explícitos. Por consiguiente, en acatamiento de los principios de legalidad y estricta tipicidad, sin que haya lugar a extender la norma a aspectos no contemplados previamente por el legislador, las siguientes modalidades de pornografía no son punibles en el ordenamiento nacional: i) la pornografía infantil técnica, en la que intervienen personas que no tienen la condición de ser menores de edad, pero que aparentan serlo, bien porque físicamente parecen tales, o porque mediante recursos tecnológicos se les da esa apariencia; ii) la pseudopornografía, en la cual se insertan fotogramas o imágenes de menores reales en escenas pornográficas en las

cuales no intervinieron realmente, lo cual significa que no fueron abusados; y iii) la pornografía infantil artificial, en la que intervienen menores creados a partir de un patrón irreal, ya sea por dibujos o animaciones de todo tipo, es decir, no representan a un ser humano con existencia real.

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

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

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

Al efecto, consideró que la acusación se sustentó en el equivocado razonamiento de que la sensualidad o erotismo que reflejan algunas fotografías de las menores, para algunos observadores constituirían representaciones reales de actividad sexual, siendo que en las mismas no se observa “acto ni intención verdadera de reflejar claramente la posible celebración de un acto sexual, entre ellos, masturbación o coito.”

Para acreditarlo, en forma gráfica²³, describió el contenido del material²⁴, el cual, señaló el sentenciador, en ocasiones, capta el cuerpo completo de las adolescentes (siempre imágenes individuales, no de contacto entre ellas), en otras muestra sus glúteos, tronco, piernas o entrepierna, o a las modelos sobre la cama apoyadas en sus manos y piernas (posición de gateo), en las que dejan ver parte de los glúteos. Sin embargo, en cualquiera

de las imágenes, las manos de las modelos no se posan sobre los senos o la zona vaginal “lo que descarta intención de tocamiento o masturbación”. Tampoco dejan ver “el empleo [de] objetos de alguna índole, entre ellos, juguetes sexuales”, y siempre cubren sus senos y genitales con ropa íntima.

De acuerdo con ese detallado examen del material fotográfico, el Tribunal concluyó que “el procesado no fotografió a la jóvenes presuntamente vulneradas cuando desplegaban alguna clase de acto sexual – masturbación, coito y otro similar – y, por ende, el material probatorio recaudado no puede ser catalogado como pornográfico, pues aunque en varias imágenes se pueda percibir el ánimo de resaltar sus partes íntimas – enfoque de la zonas genitales, cadera, glúteos, senos y piernas –, lo cierto es que esa circunstancia no trascendió en el ámbito penal...” No se olvide, precisó, “que el grado de excitación que puedan generar las aludidas imágenes no recae sobre su contenido intrínseco – lo que son en sí mismas –, sino sobre el criterio axiológico del observador...”

A lo cual agregó, “en la medida que la mayoría de imágenes retrataron a las menores de edad sin exhibir excesivamente sus atributos físicos y otras los sobresaltaron... mas no expusieron una representación real de una actividad sexual, refulge evidente que toda interpretación sobre su contenido – erótico, artístico, comercial, morboso, superficial, etc. –, adolece de eficacia para estructurar el reato en estudio, pues recaen sobre elementos íntimamente relacionados con la experiencia personal de cada individuo, generándose una situación de incertidumbre jurídica insostenible, esto es, cualquier imagen puede motivar una sentencia condenatoria por pornografía con menores de dieciocho años, a pesar de no encajar en el tipo penal.”

El análisis que condujo al Tribunal a absolver a acusado, consulta el alcance que corresponde dar al artículo 218 del Código Penal, pues en armonía con la interpretación que la Corte sienta acerca del ingrediente normativo de las representaciones reales de actividad sexual que involucra personas menores de 18 años, determinó que el material fotográfico

elaborado por el acusado y portaba al momento de su captura, no describen, informan o ilustran actividades sexuales de ningún orden, tampoco tiende a producir la excitación sexual, salvo, como lo precisó, sobre el criterio axiológico del observador, lo cual significa que el error denunciado carece de fundamento.

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

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

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

RESUELVE

No Casar la sentencia del Tribunal superior de Bucaramanga del 29 de enero de 2015, con la cual absolvió a Carlos Arturo Bermúdez Martínez, del concurso de delitos de pornografía con persona menor de 18 años, que le imputo la Fiscalía.

Contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Notifíquese y cúmplase. Devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación N° 45.868

Con respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, presentamos los motivos por los cuales estimamos que la decisión de no casar la sentencia impugnada es incorrecta. La legalidad del fallo de segunda instancia -absolutorio- se afirmó a partir de dos premisas que, en nuestro criterio, se ofrecen erróneas: por una parte, que la adopción de poses eróticas, efectuadas por menores de edad semidesnudos, con exhibición excesiva de sus genitales y con el propósito de estimular sexualmente al receptor de la imagen, no comportan actividad sexual real; por otra, que en el presente caso las adolescentes concernidas no desarrollaron conductas sexuales explícitas, tendientes a producir excitación sexual.

Desde el plano general y abstracto de definición del ámbito de aplicación del tipo penal de pornografía con menores de edad, con miras a fijar los contornos del juicio de adecuación

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

La disidencia estriba, entonces, en aspectos de connotación. Como si se tratara de algo evidente -sin serlo-, la decisión mayoritaria pregona, con pretensión de fijar una regla de interpretación del tipo penal, que ninguna pose erótica de un menor puede reputarse como una exhibición lasciva. Mas tal aserto carece de solidez, pues además de que no se sigue de las premisas que le anteceden (falacia non sequitur), pasa por alto varios aspectos que tornan el análisis en fragmentario, como quiera que: i) ignora el contexto comunicativo que caracteriza a la pornografía; ii) desconoce la posibilidad de concurrencia de factores para valorar la existencia del denominado “contexto lascivo” y iii) es incompatible con la comprensión de la pornografía infantil, modalidad que no sólo difiere de los patrones característicos de la pornografía con adultos, sino que, en tanto modalidad de abuso y explotación, ha de valorarse a la luz de los estándares internacionales de protección de los derechos de los niños.

Delimitado de esa forma el desacuerdo con la sentencia que hoy emite la Sala, entramos a demostrar la inconsecuencia de la interpretación acogida por la mayoría. En un primer momento, evidenciando cómo, de las propias premisas fijadas en la ponencia aprobada por la Sala -que no difieren de las expuestas en la ponencia inicial en el marco genérico sobre la pornografía-, no se sigue la conclusión adoptada en punto de la modalidad de poses pornográficas; en segundo término, trayendo a colación los argumentos jurídicos que fueron soslayados y que, por tanto, dejaron de ser confrontados en la decisión de la cual nos

apartamos. Completado de esa manera el marco conceptual adecuado y suficiente para comprender los contornos del ingrediente normativo representación real de actividad sexual, en tercer orden, nos referiremos a los enunciados fácticos, plasmados en el fallo impugnado, que en el asunto bajo examen realizan la descripción típica del delito de pornografía con menores de 18 años, pero que fueron omitidos en la decisión mayoritaria. Por último, expondremos las razones adicionales que conducen a afirmar la responsabilidad penal del acusado por dicho delito.

1. El carácter pornográfico de una representación, según la Sala mayoritaria

Desde el plano objetivo, se afirma en la sentencia, “las representaciones deben ser de contenido sexual (comportamiento sexual explícito) y pueden catalogarse de esa manera por el común de los observadores al revelar comportamientos manifiestamente sexuales o conductas sexuales explícitas”. En ese entendido, aclara la mayoría, “la exhibición de los genitales se considerará una conducta sexualmente explícita, sólo si se presenta en un contexto lascivo. La simple representación de los órganos sexuales, cuando no revela la capacidad de conducir al observador a un escenario sexual, no resulta pornográfica”.

En la órbita subjetiva, sostiene la decisión, “el material pornográfico, para que lo sea, debe estar destinado a la búsqueda de la excitación sexual, lo cual significa que tiene un componente de finalidad objetivada presente en la propia representación, que no depende, por tanto, de la intención de quien lo elabora o utiliza posteriormente”. Lo significativo, bajo dicha comprensión, “es la finalidad objetivada que se encuentra ínsita en ella [en la representación sexual]. Tendencia que, se reitera, ha de ser la de provocar la excitación sexual”.

Bajo tales premisas, a la hora de referirse a una de las modalidades que en el derecho comparado y en la doctrina son consideradas como una forma de pornografía infantil punible, a saber, el posado erótico, las poses sexuales o posing²⁵, la decisión mayoritaria

arriba a las siguientes conclusiones:

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

Fuera de esta categoría se ubica la iconografía que no revele el contenido y la finalidad indicados. Por ejemplo, las reproducciones de desnudos que no descubran con lascivia los genitales, pues estas imágenes, por sí solas, no exponen acciones de tipo sexuales ni gestos lúbricos que despierten sensaciones de ese orden.

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

Mas tales conclusiones, como enseguida se evidenciará, son incompatibles con los propios criterios fijados en la decisión mayoritaria para establecer el contenido pornográfico del acto representado, pues no es cierto que las poses sexuales adoptadas por un menor, en un contexto lascivo, carezcan per se de aptitud para provocar excitación sexual, como tampoco es acertado negar a una tal conducta el carácter de explícito. Quizás, guiados por el preconceito subjetivo de que las fotos objeto del proceso no son pornografía, la Sala mayoritaria da un salto argumentativo para afirmar tajantemente que las poses sugestivas no son representación real de actividad sexual.

Y ello es un aserto inmotivado, que se cree justificado por la simple invocación -sin

confrontar las razones expuestas en la ponencia derrotada- de una aislada opinión doctrinal de lege ferenda -cuyo enfoque extra-dogmático se ofrece inapropiado para resolver la problemática aquí planteada²⁶-, lo cual no sólo dista de un adecuado uso de la doctrina como fuente auxiliar de la interpretación del derecho aplicable en Colombia (art. 230 de la Constitución), sino que abandona la hermenéutica del ingrediente normativo representación real de actividad sexual, que era el concepto llamado a desentrañar por la Corte, para imponer una visión particular de cómo debe ser entendido lo pornográfico. En esa tarea, la decisión mayoritaria deja de lado la rigurosidad que exige la aplicación de interpretaciones con auxilio doctrinal y apoyo en la metodología del derecho comparado. Si la Corte ha de nutrirse -en el mejor sentido del vocablo- de las opiniones de la academia y los científicos del derecho, a fin de descifrar el alcance de nuestro propio ordenamiento, porque las herramientas legales y jurisprudenciales vigentes no alcanzan para darle un contenido suficiente, debe hacerlo para construir su propia interpretación, auxiliándose en las mejores y más sólidas razones, lo cual no se logra con la simple invocación de cualquier opinión, como tampoco recurriendo a preceptos normativos foráneos, sin presentar las soluciones jurisprudenciales y doctrinales dadas, en dichos sistemas jurídicos, a la problemática a la que se pretende dar solución²⁷.

2. Carácter pornográfico de las poses sexuales de menores, en un contexto lascivo

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

2.1 Admitido que lo pornográfico se predica de una acción de contenido sexual (comportamiento sexual explícito), cuya finalidad es la de provocar excitación sexual (finalidad objetivada de la representación), es insostenible que el registro fotográfico de menores de edad desnudos o semidesnudos, adoptando poses eróticas, con énfasis en sus zonas erógenas, en un contexto lúbrico o lascivo no satisfaga tales criterios definitorios. Una

conjunción de tales sucesos, ciertamente, permite afirmar tanto un componente sexual explícito como un propósito de producir placer sexual.

Empero, para negar la connotación pornográfica de unos hechos de tales características, la ponencia acogida por la Sala incurre en una falacia de composición. Este tipo de argumento inválido consiste en un “razonamiento que falazmente atribuye las propiedades de las partes de un todo a éste. Un ejemplo particularmente flagrante [de tal trampa del pensamiento] consistiría en argumentar que puesto que cada parte de una determinada máquina es ligera en su peso, la máquina, considerada “como un todo”, también es ligera”.²⁸

Así como el error salta a la vista en el evento en que, siguiendo el ejemplo, una máquina muy pesada está compuesta por un gran número de partes más ligeras, en el razonar de la mayoría se presenta el mismo yerro al entender que las poses sugestivas de menores desnudos, dotadas de un contexto lascivo no son pornográficas.

Aisladamente, es claro, las simples representaciones de los órganos sexuales, cuando no revelan la capacidad de conducir al observador a un escenario sexual, no son pornográficas, por lo que la representación de un mero -o ligero- desnudo no es sinónimo de pornografía. Afirmar algo así es una verdad de Perogrullo. No hay que ir a la fotografía de “La Niña de Napalm” para entender que ahí no hay nada pornográfico. En el simple ámbito familiar son frecuentes las fotografías que los padres toman a bebés desnudos mientras los bañan en una tina o a sus hijos cuando corren desprovistos de ropa en una playa. A nadie medianamente consciente se le ocurre decir que la aparición de niños que muestran sus genitales en un libro de anatomía o de menores en catálogos de ropa interior es material pornográfico.

De igual manera, en sí misma considerada, una pose sugestiva o provocativa no entraña lascivia, pues ésta surge de un contexto sexual. Una imagen de una mujer acostada boca arriba, con las rodillas flexionadas, las plantas de los pies sobre el suelo y las piernas

abiertas, dejando ver la parte interior de sus muslos, per se, no significa nada. Si a esa pose se le agrega una escenografía determinada, la significación puede variar: si la mujer adopta esa posición en una camilla, vestida con una bata de cirugía, quizás se sugiera una escena compatible con un alumbramiento o un examen médico; si la pose tiene lugar sobre una colchoneta y la modelo luce ropa deportiva, podría pensarse en una práctica de ejercicios de estiramiento. Mientras que si la misma pose es realizada con una escenografía compatible con prácticas sexuales, como puede serlo sobre una cama, estando la mujer desnuda o semidesnuda con ropa interior llamativa, difícil es negar una connotación sexual.

Así, se advierte muy a las claras que las situaciones que, de manera insular, la mayoría considera como muy ligeras o débiles para ser pornográficas -desnudez, exhibición genital o poses insinuantes-, articuladas en un todo unitario pueden concurrir y ser presentadas en un escenario o contexto lascivo, del todo aptas para despertar sensaciones de orden sexual. Por consiguiente, son subsumibles dentro del concepto de pornografía propuesto en la decisión aprobada.

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

Si a una posición de esa naturaleza se le adicionan componentes compatibles con escenas de satisfacción sexual, como la desnudez, la focalización o énfasis de zonas erógenas, accesorios y escenografías eróticas, es perfectamente identificable una finalidad sexual objetivada en la representación (aspecto subjetivo), lo que conlleva a afirmar, en la acción de posar, un propósito de despertar el apetito sexual, reconocible por un observador objetivo, al margen del perfil del consumidor de pornografía.

En las poses hay actividad real y explícita. Pareciera que la decisión mayoritaria las entiende simuladas, como si lo real fuera únicamente la escenificación de relaciones sexuales con otras personas o actos de autosatisfacción. Tal visión desconoce que en la pornografía interactúa un tercero ajeno a la situación representada -receptor-. Además, con la etiqueta de representación real, lo que el legislador quiso excluir de punición fueron las modalidades de pseudo-pornografía -irreal, aparente, ficticia o simulada (cfr. num. 2.2.3 infra)-, donde las imágenes son creadas sin la intervención real de menores, eventualidad distinta a la analizada en el presente asunto.

Las razones hasta aquí presentadas son suficientes para evidenciar la incorrección de la interpretación elaborada por la Sala mayoritaria al excluir de la condición de pornografía la representación de menores posando eróticamente, desnudos o semidesnudos, en un contexto lascivo.

Pero tal conclusión se advierte aún más errónea si se contrasta con el análisis del tipo objetivo del art. 218 del C.P., contenido en el proyecto de decisión no acogido por la Sala mayoritaria, cuyos principales argumentos nos permitimos presentar a continuación.

2.2 El art. 218 C.P., en su redacción original y luego de su modificación por el art. 12 de la Ley 1236 de 2008, preceptuaba que quien fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, es objeto de punición.

El tipo penal fue posteriormente modificado por la Ley 1336 de 2009, la cual pretendió, por una parte, “adicionar y robustecer la Ley 679 de 2001²⁹ en la lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes”; por otra, continuar con la tarea de precisar los ingredientes normativos³⁰ pertenecientes a los delitos sexuales, entre ellos, el de pornografía con menores de 18 años.

Sobre este último particular, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 109/07-

Cámara (Nº 324/07-Senado), que antecedió a la Ley 1336 de 2009, se planteó una definición de la pornografía “con niños y niñas”, que fue la base para abandonar el concepto de material pornográfico y acoger el ingrediente normativo representación real de actividad sexual. Sobre el particular, textualmente expusieron los ponentes:

Pornografía con niños y niñas es entendida como la producción, distribución y tenencia de 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. Esta se divide, según los materiales o contenidos, en pornografía blanda y en dura. La primera hace referencia a imágenes que no son sexualmente explícitas, pero involucra imágenes desnudas y seductoras de niños o niñas, mientras que en la segunda se exhiben imágenes de acceso carnal y/o actos sexuales. Así mismo, según el fin, se divide en: pornografía comercialmente producida con fines de lucro, pornografía producida para ser circulada e intercambiada, pornografía utilizada con fines delictivos (chantaje, trata, etc.), y pornografía producida para consumo exclusivamente personal.

Bien se ve, entonces, que con la modificación del tipo penal de pornografía con menores (art. 218 C.P.), el legislador propendió por adecuar la legislación interna a los instrumentos de protección de los derechos humanos de los niños, tratando de sincronizar el ordenamiento penal con las definiciones internacionales sobre pornografía infantil. De ello, inclusive, se dejó expresa constancia en el informe de ponencia para primer debate al mencionado proyecto de ley, en los siguientes términos: “frente al art. 26 [art. 218 del C.P., hoy vigente] se propone armonizar ambas redacciones para complementar los verbos rectores y cumplir una de las obligaciones del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, ratificado por Colombia en el año 2002”.

En la misma dirección, en el informe de ponencia para segundo debate se expuso:

Las nuevas dinámicas de la explotación sexual comercial infantil obligan al Congreso de la República a adoptar medidas legislativas que propendan por la prevención y por contrarrestar cualquier forma de violencia contra los niños, niñas y adolescentes.

Este proyecto de ley busca reformar y adicionar la Ley 679 de 2001, por medio de la cual el Congreso de la República expidió un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución. Busca ofrecer respuestas a algunos vacíos legislativos, y varias falencias en el ejercicio de las competencias administrativas de las entidades encargadas de cumplir dicha ley.

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

Con ese trasfondo, el actual art. 218 del C.P., modificado por el art. 24 de la Ley 1336 de 2009, dispone que quien fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucren a una persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión. De igual manera, agrega el inc. 2º ídem, será sancionado quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet con o sin fines de lucro.

2.2.1 Una definición de actividad sexual no se encuentra en el Código Penal. Tal concepto es más que un elemento descriptivo del tipo penal, cuya comprensión no depende

de una simple verificación fáctica, en los términos del lenguaje cotidiano. Por tratarse de un elemento típico que requiere una valoración jurídico-cultural, expresiva de un sentido relacional³¹, se trata de un ingrediente normativo que puede ser comprendido acudiendo a diversas normas, referentes a algunas modalidades específicas de actividad sexual.

En efecto, múltiples disposiciones se encargan de definir conceptos que condensan valoraciones culturales sobre comportamientos que, recayendo sobre la sexualidad, están en capacidad de vulnerar bienes jurídicos que tocan con tal faceta de la personalidad. Ejemplo de ello puede ser la definición legal de acceso carnal (art. 212 C.P.) o de violencia para efectos de los delitos sexuales (art. 212 A ídem). En la misma dirección, según se expuso, existen múltiples normas que establecen la comprensión de la noción de pornografía infantil -comprensiva, entre otras formas, de la utilización de menores para la representación de actividades sexuales- (cfr. num. 1.1 supra), en relación con la cual rige un deber internacional de persecución penal³².

Dichas normas, desde luego, compendian visiones y consensos sobre aspectos culturales y relacionales, pues el ámbito de la sexualidad humana, así como la definición de las modalidades de su ejercicio que entrañan dañosidad social, por tener aptitud para lesionar bienes jurídicos de las personas, no pueden ser comprendidas a través de una mera óptica anatómico-fisiológica, sino que dependen de múltiples factores de tipo cultural imperantes en cada comunidad³³.

En ese marco, ha de determinarse la comprensión general y abstracta que debe dársele al concepto actividad sexual, que es la piedra angular del carácter pornográfico que pueda tener una representación.

Actividad denota la facultad de obrar o un conjunto de operaciones o tareas propias de una persona. Quien obra, hace algo; es decir, ejecuta una acción³⁴. La definición jurídica de la acción ha sido una tarea en la que profusamente ha contribuido la dogmática penal. Si bien

ello ha tenido lugar de cara a la definición de la responsabilidad penal del sujeto activo de la conducta punible, también es verdad que determinadas modalidades de acciones constituyen ingredientes normativos de los tipos penales que deben ser verificados en el sujeto pasivo. De ahí que, para el entendimiento del concepto actividad sexual, sea pertinente aplicar, como primera medida, los referentes de la teoría de la acción, para luego concretarlos en el ámbito de la sexualidad.

En un derecho penal basado en la protección de bienes jurídicos, sólo el comportamiento socialmente dañoso puede justificar la punición. De ahí que la acción pueda ser comprendida como un comportamiento humano, esto es, la realización de la voluntad de alguien como manifestación de su personalidad, con relevancia social; esto es, que trasciende la esfera individual por sus repercusiones en la realidad social.

Una actividad humana adquirirá la connotación de sexual cuando, en sus aspectos objetivo y subjetivo, se dirija a excitar o satisfacer la lujuria, apetencia sexual o impulsos libidinosos (cfr. CSJ SP 18 abr. 2012, rad. 34.899 y SP 24 oct. 2016, rad. 47.640), lo cual se logra a través de los sentidos, principalmente del gusto y del tacto -que son los que preponderantemente participan en la cópula sexual, en el acceso carnal o en los actos sexuales-, pero también con participación de sensaciones visuales, olfativas y auditivas, que sin dudarlo intervienen en tal tipo de interacción humana -tendiente a la realización del coito, pero que de ninguna manera se agota en él-, que lejos está de limitarse a fines reproductivos, sino que constituye un medio de consecución de placer, liberación de la libido, excitación o estimulación, así como de realización del deseo lascivo.

La conjugación del concepto de actividad -en tanto manifestación de acción humana- con la noción de sexual, atrás expuestos, lleva a afirmar, con miras a la comprensión de la connotación pornográfica de una representación, que habrá actividad sexual cuando exista un comportamiento humano que, por una parte, exteriorice una abierta y evidente intención de lograr excitación o estimulación del deseo lascivo propio o el de alguien más; por otra,

que desde la perspectiva objetiva de un observador promedio, sea idóneo o tenga aptitud para conseguir tal propósito³⁵.

En tal virtud, la actividad sexual, cuya representación censura el art. 218 inc. 1º del C.P., es aquel comportamiento ejecutado en, ante, con o por un niño, niña o adolescente, que tiene por objeto la estimulación de deseos lascivos, que busca la excitación o la consecución de placer sexual o que pretende la liberación de la libido -del menor, de un tercero o de ambos-, y que además es apto para ello.

Dentro de tal categoría normativa -actividad sexual- es dable mencionar, desde luego, las distintas modalidades de acceso carnal (art. 212 del C.P.), así como los actos sexuales diversos a éste (arts. 206 y 209 ídem), dentro de los cuales, a manera meramente enunciativa, pueden mencionarse múltiples posibilidades de satisfacción de apetencias sexuales, como besos, tocamientos lúbricos, masturbación, frotamientos, caricias o cualquier otro comportamiento apto para satisfacer el deseo sexual, mediante la estimulación de los sentidos del gusto, del tacto o de los roces corporales que implican proximidades sensibles o invasivas de las partes íntimas. Tales comportamientos sexuales son los más evidentes, pero como en acápite posterior se desarrollará (num. 2.2.2 infra), también existen otras modalidades de más compleja delimitación, que a pesar de no implicar contacto corporal entre dos personas, también pueden ser catalogadas como actividad sexual.

Ahora bien, como la finalidad del art. 218 no consiste en censurar, en sí mismo, el acto de connotación sexual ejecutado en, ante, con o por el menor de edad -donde el juicio de responsabilidad habría de basarse en otros tipos penales, p.ej. arts. 205, 206, 208 o 209 del C.P.-, sino la representación del mismo para ser reproducido como material documental transferible, la comprensión del ingrediente normativo actividad sexual ha de articularse con la noción de pornografía. Pues la punición de esta modalidad de abuso infantil se fundamenta en una constelación comunicativa, que trasciende la esfera física del acto en sí, para hacer partícipes a terceras personas, receptoras de la representación de aquél, o

para la propia re-creación del acto, por quien lo registra. Tal contexto pornográfico es igualmente determinante para comprender el ámbito de aplicación del tipo penal, ya que la actividad sexual registrada, desde luego, ha de tener un carácter pornográfico.

Pornografía es una presentación abierta y cruda del sexo, que busca producir excitación³⁶. En ese entendido, una re-presentación es pornográfica cuando pone de relieve, de manera burda e intensa, comportamientos sexuales cuyo propósito o tendencia general apunta exclusiva o preponderantemente a la estimulación sexual, desbordando inequívocamente los límites de pudor determinados a partir de los valores vigentes en una sociedad determinada³⁷. Y esa finalidad de la obra debe ser reconocida desde la perspectiva de un observador objetivo, que reconozca en el contenido de la representación un mensaje de negación de la sexualidad como un acto interpersonal o como una esfera propia de la persona representada. Ello se presenta cuando ésta es mostrada como un mero objeto de provocación de deseo o excitación sexual³⁸.

El carácter pornográfico de una representación de actividad sexual, entonces, implica una despersonalización del comportamiento sexual de alguien, donde la actividad de contenido erótico se ve separada de su normal significación personal y social -como acto de placer entre personas o de autosatisfacción-, dejando de ser una relación interpersonal de reconocimiento recíproco, para convertirse en una dinámica de sujeto-objeto. El representado, entonces, se ve despojado de un reconocimiento personal y pasa a ser un objeto intercambiable de estimulación del deseo sexual en otro -ajeno a la actividad sexual registrada-, a saber, el receptor o receptores de la representación. Es por ello que la pornografía es un acto comunicativo: lo pornográfico no es el comportamiento sexual en sí, sino la comunicación al respecto³⁹.

Desde esa perspectiva, las representaciones que contienen actividades sexuales de niños entrañan una degradación del menor registrado a mero objeto de difusión, para la satisfacción de finalidades sexuales a ellos ajenas. Por regla general, el interés del

“consumidor” -dirigido a infantes- no recae sobre protagonistas con plena autodeterminación y formación sexuales.⁴⁰ De ahí que tales representaciones traigan consigo una situación de abuso que, por antonomasia, diferencia a la pornografía infantil con la de adultos⁴¹, cuyos parámetros definitorios son distintos. El impúber no puede consentir en la utilización de su imagen con tales propósitos, mientras que el menor púber, aun con incipiente iniciativa sexual, se ve corrompido en su formación sexual -aun en desarrollo- al verse despersonalizado en su interacción para satisfacer las apetencias de extraños indeterminados.

Además, ciertamente, la valoración de la actividad sexual, en el ámbito de la pornografía infantil, difiere de los criterios aplicables a este tipo de actividad en adultos. En el caso de los menores de edad, cualquier imagen de éstos que presente un contenido de naturaleza sexual casi siempre será estimado como socialmente ofensiva a la dignidad de aquéllos, por sugerir el uso como objeto sexual de un ser que carece de plena formación en la esfera sexual. A diferencia de lo que ocurre con los adultos, en relación con quienes existen muchos otros estadios intermedios, como la simple insinuación o el erotismo, tratándose de niños, niñas o adolescentes, la representación de imágenes de ellos dotadas de contenido sexual va a resultar casi siempre pornográfica⁴².

2.2.2 Bajo tales premisas, es dable afirmar que la utilización de niños, niñas o adolescentes para ser registrados visualmente en poses eróticas, con mayor o menor grado de desnudez⁴³ en un contexto lascivo constituye una modalidad punible de pornografía infantil, en la medida en que ello efectivamente satisface los criterios necesarios para predicar la existencia de actividad sexual.

Ciertamente, el posar implica acción. Una pose es un comportamiento humano que denota actividad, pues quien posa asume o adopta una postura o gesto determinado, mediante el cual quiere comunicar algo. Ello constituye, entonces, la exteriorización de una actitud que es expresada, como re-presentación situacional. En una pose puede fingirse, imitarse o

simularse, entre otros aspectos, un estado de ánimo, una intención, una característica, un sentimiento o un atributo.

Sin dudar, una de las posibilidades de pose es la de contenido sexual. La asunción de un gesto, una posición o una postura tendrá esa connotación cuando imite o simule comportamientos que tienen lugar en el ámbito de interacción sexual. Habrá, desde luego, mayor o menor nivel de erotismo o sensualidad en la pose mientras más o menos esté en aptitud de incitar la apetencia sexual en otro.

La simulación de una caricia íntima, de un tocamiento libidinoso, de estimulación genital, de cualquier forma de acceso carnal o de masturbación, entre otras formas, son poses sexuales que registran comportamientos humanos con contenido sexual comunicable. Por consiguiente, las poses eróticas son actividad sexual. Para efectos pornográficos, ésta no se presenta únicamente entre el representado y quien lo registra, sino que está llamada a comprender a terceros que interactúan con la representación gráfica, mediante la utilización de la imagen de la persona representada, en tanto objeto destinado a su excitación -del cual también puede disponer el creador de la representación en una posterior calidad de espectador-.

Para que las poses configuren el ingrediente normativo actividad sexual, perteneciente al tipo penal de pornografía con menores de edad, la posición corporal asumida por el menor, en tanto comportamiento activo, ha de mostrar objetivamente -esto es, medida en su apariencia visual externa- una evidente intención provocadora de excitación sexual. Por lo general, esas posiciones corporales provocadoras (activas) son registradas con énfasis en características sexuales, como por ejemplo, cuando el niño, niña o adolescente abre sus piernas para mostrar sus genitales, bien sean desnudos o semidesnudos⁴⁴. De la desnudez, en sí misma, no depende la connotación pornográfica de la representación, sino de la adopción de una postura sexualizada, que por ello deja de ser “natural”.

Desde esa perspectiva de la exigencia de actividad sexual, el registro de comportamientos pasivos o activos “naturales”, como por ejemplo la toma de fotografías de niños durmiendo, que juegan desnudos en la playa o que están vistiéndose no sería punible en Colombia, pese a que por su utilización puedan llegar a ser considerados pornográficos⁴⁵. Por el contrario, si el niño, niña o adolescente posa excitante o provocativamente, enseñando sus genitales de forma abierta o semicubierta, la representación será pornográfica por contener actividad sexual⁴⁶.

Una pre-determinación de las poses que configuran actividad sexual, desde luego, no puede elaborarse de manera exhaustiva. En la valoración sobre la connotación libidinosa de la postura adoptada por el menor representado deberán valorarse caso a caso diversas circunstancias, a partir de las cuales habrá de dictaminarse si, en efecto, hay actividad sexual constitutiva de pornografía infantil. En esa tarea pueden considerarse, entre otros factores, i) el mayor o menor énfasis en los genitales; ii) el mayor o menor grado de desnudez; iii) los accesorios utilizados; iv) la locación; v) los gestos y demás expresiones del menor; vi) la significación de la pose, vii) la estética de la toma y viii) el contexto y la finalidad que se persiga con la imagen. En suma, la actividad sexual de connotación pornográfica debe superar un umbral de gravedad verificable judicialmente.

2.2.2.1 La elaboración conceptual traída en la ponencia inicial, que mediante este voto disidente presentamos, es compatible con las soluciones dadas a la problemática del registro de poses sexuales de menores en legislación y jurisprudencia extranjera, la cual afirma su punibilidad por constituir pornografía infantil. Paradójicamente, esas normas y jurisprudencia corresponden a ordenamientos jurídicos mencionados en la decisión mayoritaria.

Por citar apenas unos ejemplos, con el propósito de señalar la compatibilidad de la interpretación propuesta con criterios judiciales aplicados en otras latitudes, no con la intención de extraer premisas normativas de ordenamientos foráneos para dar solución al

presente asunto, no sobra resaltar algunos casos fallados en España, Alemania y Estados Unidos de América.

En España, que es la base de la consulta doctrinal que sustenta la ponencia acogida por la mayoría, el Tribunal Supremo ha atribuido el carácter de pornográfico a las fotografías de una menor desnuda, en virtud de las poses adoptadas en algunas de ellas, en las que aquélla fue fotografiada con las piernas totalmente abiertas, exhibiendo los genitales.⁴⁷ De manera similar, la Audiencia Provincial de Álava catalogó la foto de un desnudo como pornográfica, considerando que la menor había sido utilizada en un contexto sexual, pues muchas de las imágenes reflejaban un “zoom” reiterado hacia la zona vaginal de la niña⁴⁸.

En un asunto similar -citado en doctrina invocada en la misma decisión mayoritaria⁴⁹-, en la STS del 24 de octubre de 2000, el Tribunal Supremo de ese país calificó como pornográficas unas fotografías de una menor “desnuda o con la braguita puesta, que en estudiadas poses mostraban claramente su desnudez, aunque tapaban sus genitales, en posturas similares a las de personajes femeninos adultos cuando realizan exhibición parcial de su cuerpo con ánimo de satisfacción lasciva de las personas que la contemplan”.

En los Estados Unidos, en referencia al párrafo 2256 del US Code, la situación es similar. En particular, la definición legal de una conducta sexualmente explícita no requiere que se represente la imagen de un niño o niña involucrado en actividades sexuales, de modo que la imagen de un menor desnudo puede constituir pornografía infantil ilegal si es suficientemente provocativa⁵⁰. En esa dirección tiene aplicación el criterio de exhibición lasciva de los genitales o del área púbica para establecer el carácter pornográfico de la representación (cfr. *United States v. Knox*, 32 f. 3d 733).

Como es usado en el Estatuto contra la Pornografía Infantil, se lee en dicha sentencia (num. 46), el término exhibición lasciva significa una representación que expone o enfatiza los genitales o el área púbica de los niños, en orden a excitar el deseo o estimular sexualmente

al receptor de la imagen. Tal definición no contiene ningún requerimiento de desnudez y es acorde con el test multi factores⁵¹ referido en *United States v. Dost*⁵², para determinar si determinado material se adecúa a la definición del 18 U.S.C. Sec. 2256 (2) (E).

En el caso sometido a análisis, prosigue el fallo (num. 47), los genitales y el área púbica de las niñas, visibles en los videos, estuvieron ciertamente en exhibición cuando la cámara enfocó por prolongados intervalos, en primer plano, esas partes del cuerpo a través de su opaca pero delgada ropa⁵³. Adicionalmente, el propósito obvio y el inevitable efecto de la videocinta era el de atraer el interés específicamente en los genitales y el área púbica. Aplicando el claro significado del término exhibición lasciva, se concluye que la desnudez o perceptibilidad total de los genitales descubiertos no son prerequisites para la ocurrencia de una exhibición dentro del significado del Estatuto Federal contra la Pornografía Infantil.

Por último, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) es criterio claro y consolidado que no cualquier toma del cuerpo desnudo o de los genitales de un niño constituye pornografía infantil. El objeto del delito son únicamente documentos pornográficos que contienen actividades sexuales de niños, con niños o ante estos, eventualidad en la que se adecúan las poses en actitudes sexuales manifiestas⁵⁴. Ello, condicionado a que la posición asumida por el menor muestre una intencionalidad sexual objetiva, identificable en la representación misma⁵⁵.

2.2.3 Ahora bien, de acuerdo con el art. 218 inc. 1° del C.P., el objeto material del delito de pornografía con menores de 18 años es una representación de actividad sexual. Una representación denota ser imagen o símbolo, es una imitación que hace presente algo con figuras o palabras, es interpretación de una realidad o situación⁵⁶. En tanto objeto material, la representación constituye un documento, pues uno de los aspectos definitorios de éste es que se trate de un objeto de carácter representativo (art. 243 inc. 1° C.G.P.). En esos términos, la actividad sexual en, con, ante o por un menor puede estar contenida, entre otros, en textos manuscritos, mecanografiados o impresos, grabaciones

magnetofónicas, discos de todas las especies que contengan grabaciones fonópticas o videos, cintas o películas cinematográficas, grabaciones computacionales, fotografías o cuadros (arts. 424 C.P.P. y 243 inc. 1° C.G.P.).

Podrá haber, entonces, pornografía documentada de múltiples maneras. Las más frecuentes, desde luego, serán representaciones visuales, estáticas o en movimiento, como fotografías, videos, imágenes en papel o digitales, diapositivas, caricaturas, dibujos a mano o digitales, pinturas, animaciones computarizadas, etc. Pero también es factible que escenas de actividad sexual puedan ser representadas en forma de audio, con sonidos y voces de menores de edad o conversaciones telefónicas, así como que asuman una forma escrita, que incluye todo tipo de textos (cuentos, novelas, cartas, etc.) que describen escenas pornográficas con menores de edad⁵⁷.

Empero, el tipo penal bajo análisis no criminaliza todas las formas posibles de representación documental de actividad sexual, sino que limita tales posibilidades a que la representación provenga de un suceso real. De esta manera, el legislador excluyó de reproche punitivo modalidades en las cuales no hay utilización directa ni indirecta de personas menores de edad en la elaboración del material (pornografía irreal, aparente o ficticia).

Dentro de tales formas pueden mencionarse, a título apenas enunciativo, escenas creadas mediante artificios informáticos (pornografía virtual): cómics, dibujos animados o animaciones computarizadas⁵⁸, así como de otra índole para elaborar el material pornográfico (adultos disfrazados y maquillados para simular la minoría de edad, lo cual es conocido como pornografía técnica)⁵⁹.

También podría catalogarse como representación irreal o simulada la denominada pseudo-pornografía, donde no se utiliza realmente al menor de edad, sino que se abusa de su imagen o su voz, manipulándola con trucos técnicos, por ejemplo: i) imágenes de

cuerpos digitalmente alteradas y sexualizadas, como la imagen de un niño en vestido de baño al que se le quita la prenda mediante programas de computador o ii) montajes o imágenes separadas en una fotografía, como la mano de un niño sobreimpuesta a los genitales de un adulto.

Dichas formas de representación irreal de carácter pornográfico son tipificadas en otros ordenamientos, como mecanismo de prevención contra la estimulación de la pederastia. Sin embargo, en Colombia, pese a haberse propuesto la tipificación de formas simuladas de pornografía infantil, el texto final del art. 218 del C.P., modificado por la Ley 1336 de 2009, excluyó la comprensión de “pornografía con niños y niñas como la producción, distribución y tenencia de 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”⁶⁰, para limitar la punición a eventos de representaciones reales de actividad sexual.

2.2.4 De otro lado, cabe precisar que la realización de la descripción típica mediante las conductas de fotografiar, filmar, grabar, producir, divulgar, ofrecer, vender, comprar, poseer, portar, almacenar, transmitir o exhibir por cualquier medio representaciones reales de actividad sexual, donde se utilicen menores de 18 años, no sólo puede darse cuando los mencionados comportamientos estén destinados para divulgación o intercambio, sino que la norma también contempla la posibilidad de uso personal, como ingrediente del tipo.

2.2.5 Finalmente, para comprender cabalmente que la pornografía de poses de menores de edad con las características ya descritas es una modalidad de utilización y explotación infantil, es pertinente especificar los contornos de los bienes jurídicos protegidos por el art. 218 del C.P.

Dicha norma pertenece a los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. De la descripción típica ha de destacarse, por una parte, que la conducta no comporta ningún

acto violento que doblegue la voluntad de la víctima a fin de prestarse para que sus actividades de connotación sexual sean registradas; por otra, que el sujeto pasivo es calificado por la edad -persona menor de 18 años-.

Desde una lectura sistemática, ello permite afirmar que, en el delito de pornografía, la sexualidad del menor de 18 años, en tanto manifestación de su dignidad humana, puede verse afectada por la interferencia en su formación sexual, así como por el quebranto de su integridad sexual. Si se trata de un menor de 14 años, aplica un mandato de abstención dirigido a terceros, conforme al cual el niño o niña, por carecer de libertad o autodeterminación para interactuar sexualmente, ha de permanecer indemne o libre de cualquier actividad de tipo sexual (integridad). La situación del adolescente púber -mayor de 14 años y menor de 18- es diversa, pues pese a que tiene aptitud legal para tener relaciones sexuales (art. 34 del C.C.61, en conexión con los arts. 208 y 209 del C.P.), aún se encuentra en una etapa de maduración en la esfera de su sexualidad, que se vería perturbada si se permitiesen injerencias ajenas que alteren su autodeterminación e incipiente iniciativa sexual, a fin de instrumentalizarlo para la satisfacción erótica de terceras personas. Un menor de edad, de quien no se predica su total madurez sexual, no puede verse utilizado como un mero objeto representado de deseo para otros -comercializable, transferible o susceptible de difusión-, en perjuicio de su formación y dignidad sexual. Esa es la razón para que conductas como el proxenetismo con menor de edad (art. 213 A C.P.), el estímulo a la prostitución de menores (art. 217 ídem), la demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años (art. 217 A ídem), el turismo sexual (art. 219 C.P.) o la pornografía con menores de 18 años (art. 218 ídem) sean punibles.

Todas esas son modalidades de explotación sexual, prohibidas y sancionadas en el Capítulo 4º del Título IV del C.P. Entonces, como forma de explotación, la pornografía con menores de 18 años afecta la dignidad sexual de niños, niñas y adolescentes por la perturbación de su integridad y formación sexuales. Y tales bienes jurídicos, merecedores de protección jurídico-penal, tienen profundo raigambre de protección ius fundamental

reforzada, no sólo a nivel constitucional, sino en el ámbito de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶², los Estados partes reiteraron como principio universal que todo ser humano menor de 18 años de edad (art. 1º), por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales. Y como parte de esa tutela especial, en el art. 34 los Estados adquirieron el compromiso de proteger a los niños contra todas las formas de explotación y abuso sexuales, dentro de las cuales se encuentran: a) la incitación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) la explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales y c) la explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

A tono con dicho mandato, el art. 44 inc. 1º de la Constitución catalogó como derecho fundamental de los niños, entre otros, el de ser protegidos contra toda forma de abuso sexual. A su vez, el art. 45 inc. 1º ídem dispone que el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral, de la que desde luego hace parte el ámbito de la sexualidad.

Que la utilización de menores en pornografía constituye una forma de maltrato o abuso sexual es ratificado por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁶³. Los Estados Partes de dicho instrumento, convencidos de la necesidad de ampliar las medidas legales intra-estatales, a fin de garantizar la protección de los menores contra su utilización en la pornografía (preámbulo inc. 2º) y “preocupados por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la Internet y otros medios tecnológicos modernos y recordando la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena, 1999) y, en particular, sus conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía”

(inc. 3º ídem), entre otras medidas, definieron el concepto de pornografía infantil, con el propósito de optimizar su persecución penal.

El art. 2º lit. c) del protocolo entiende por pornografía infantil “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño, con fines primordialmente sexuales”.

En ese contexto, es dable afirmar la existencia de un deber internacional de persecución penal de la pornografía infantil, derivado del art. 3-1 lit. c) del 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. De acuerdo con esa norma, “todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: [...] Producir, distribuir, divulgar, importar, exportar, ofrecer, vender o poseer, con los fines antes señalados, material pornográfico en que se utilicen niños, en el sentido en que se define en el artículo 2”.

Cabe destacar que, tratándose de menores de edad, el derecho internacional de los derechos humanos no contempla la participación de aquéllos en pornografía, sino que concibe esta actividad como una forma de abuso o explotación, en cuyo marco los niños son utilizados. Tanto así que, desde la perspectiva de la proscripción del trabajo infantil, también se encuentran disposiciones en esa dirección. Por ejemplo, el art. 3 lit. b) del Convenio Nº 182 de la OIT⁶⁴ establece que la expresión “las peores formas de trabajo infantil” abarca “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas”.

A tono con tales preceptos, la Ley de Infancia y Adolescencia, al referirse a la integridad

personal de los niños, niñas y adolescentes, dispone que éstos tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos⁶⁵ de toda índole. Entre las formas de maltrato infantil, el art. 18 inc. 2º de la Ley 1098 de 2006 incluye la explotación sexual. De ahí que el art. 20-4 ídem declare que los niños, niñas y adolescentes serán protegidos contra la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución, la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.

En síntesis, a los niños, niñas y adolescentes, en tanto sujetos de especial protección constitucional, les asiste la prerrogativa de no ser maltratados, explotados ni abusados mediante su utilización en pornografía infantil. Ello constituye una forma de abuso que los afecta tanto en su formación como en su integridad sexual. Mediante ese tipo de conductas, no sólo se lesiona la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado⁶⁶, sino la formación y el desarrollo sexual del menor⁶⁷, a quien le asiste el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de esa faceta de su personalidad⁶⁸. Mediante el tipo penal de pornografía con menores de edad, entonces, se pretende garantizar el sano desarrollo sexual de aquéllos, sin la intromisión de adultos o de cualquier experiencia de abuso sexual, que pueda resultarles traumática⁶⁹.

3. Del juicio de responsabilidad en el caso bajo examen

Fijados los referentes generales y abstractos a la luz de los cuales, consideramos, ha de efectuarse el juicio de adecuación típica por el art. 218 inc. 1º del C.P., debemos destacar algunos enunciados fácticos que integran la sentencia impugnada, pero que dejaron de considerarse por la Sala mayoritaria a la hora de valorar si la conducta atribuida al acusado se adecúa al tipo objetivo del delito de pornografía con menores de 18 años. La omisión de tales premisas fácticas, como se verá, también afectan la conclusión de la decisión.

3.1 En ese sentido, del fallo confutado se extractan múltiples hechos que realizan la descripción típica del delito previsto en el art. 218 del C.P., como quiera que sí se advierte la existencia de representaciones reales de actividad sexual en las fotografías que el acusado le tomó a las dos víctimas posando eróticamente, semidesnudas, exhibiendo sugestivamente sus partes erógenas, en un espacio compatible con la práctica de relaciones sexuales. Al analizar los medios de prueba recaudados, el Tribunal realizó, entre otras, las siguientes afirmaciones:

De acuerdo con el testimonio de Érika Johanna Álvarez Garavito⁷⁰, ella se dirigió con su prima LPBG y una compañera de ésta (NYF) al Hotel Farallones, donde el acusado les mostró las prendas -“un sostén, unas bragas tipo hilo y otras tipo cachetero”- y les preguntó si se las querían poner, pues eran las “aptas”. Ellas accedieron a ello, ya que él les dijo que las fotos supuestamente se iban a utilizar para un catálogo de ropa, no les dijo la marca de la ropa ni donde se iban a publicar. Luego de que les tomó las fotografías, les dio \$50.000. Las posiciones plasmadas en las fotos, según la testigo, en gran parte fueron escogidas por aquélla y por las menores.

Por su parte, prosigue la sentencia, LPBG aseveró que fue a la sesión fotográfica con su prima Érika y NYF. CARLOS les dijo que las imágenes eran en ropa interior que él les proporcionó -hilos y cacheteros- para un catálogo de “Blonda”. Por esas fotos les dio \$50.000. Las poses, según la menor, las hacía ella y en otros casos su prima, quien le decía como hacerlas. El acusado, resalta el fallo siguiendo a la testigo, no les preguntó la edad y ellas tampoco se la revelaron⁷¹.

En similar dirección, resalta el fallo, NYF narró que conoció al procesado el mismo día en que se tomaron las fotos. Aquél le dijo que era diseñador y que las imágenes eran para unas fotos de un catálogo. Efectivamente les pagó \$50.000 por las fotos en el Hotel Farallones, que le fueron tomadas en ropa interior que CARLOS les dio. Éste, dijo la menor, les preguntó la edad, pero ellas se distrajeron y no le contestaron⁷².

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

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

Sobre este último particular, el ad quem no descartó que las imágenes pudieran tener tal connotación. Simplemente, enfatizó que si se hubiera demostrado que las fotos efectivamente iban a ser utilizadas para el ofrecimiento de servicios sexuales, ello habría configurado el punible de proxenetismo, pero como tal destinación específica no fue acreditada fácticamente ni se presentó acusación por dicho cargo, le restó relevancia a tal

afirmación⁷³. Esto, también bajo el entendido que las fotos no podían ser catalogadas de pornográficas, en la medida en que “no contenían alguna clase de actividad sexual”, debido a que las menores “no utilizaron objetos sexuales ni desplegaron comportamientos tendientes a exponer la posible celebración de un acto sexual”⁷⁴, como tampoco se aprecia a aquéllas “manteniendo relaciones sexuales entre ellas, con otras personas o masturbándose”⁷⁵.

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

Y esa apariencia deviene, sin dudarlo, de la existencia de actividad sexual real, cifrada en la adopción de un comportamiento de las menores -posar- de una manera sugestiva e insinuante para despertar el apetito libidinoso del receptor de la imagen, mediante la exposición ampliada y focalizada de sus genitales semidesnudos, en diversas posiciones aptas y llamativas para la penetración vaginal y anal, que las tornan en gestos lúbricos capaces de despertar sensaciones de orden sexual. Por ello, el ad quem admitió que las imágenes sí comportaban sensualidad y erotismo. En ese marco, es inobjetable la existencia de un “contexto lascivo”.

Al respecto, a la hora de describir las fotos tomadas a NYF⁷⁶, de la sentencia se extracta que ésta fue registrada en ropa interior, con énfasis en sus glúteos, tronco, piernas y entrepierna. Así mismo, sentada en el piso en un rincón de la habitación con sus piernas abiertas, sostenida con su mano izquierda y la derecha en la cabeza. En esta pose, además, hubo posterior énfasis en su parte genital cubierta por ropa interior. Luego, se advierte a la menor de pie, apoyada en la baranda inferior de la cama mientras la cámara enfocó su

cadera y parte genital. Después, de pie, cerca de una puerta, fue enfocada en la parte superior de su cuerpo, mientras tomaba lateralmente sus bragas con las manos, separándolas ligeramente de su cuerpo, sin quitarlas, para más tarde apoyar sus manos en el borde de la cama, mostrando la parte anterior de su cuerpo y tomando lateralmente su panty -insinuando su remoción- sin despojarse por completo de él. Finalmente, la menor figura acostada y muestra la parte posterior de su cuerpo con las manos sobre la cama -de espaldas a la cámara- y en esta pose se enfocan -considerablemente- sus glúteos.

En relación con las imágenes correspondientes a LPBG77, en el fallo se destacan, entre otros detalles, que en múltiples poses se hizo zoom en sus zonas erógenas y genitales, se fotografió su parte posterior -con énfasis en sus glúteos- mientras se sostenía en la pared con sus manos, fue retratada acostada en la cama con las piernas abiertas y cruzadas, así como de lado y dejando percibir la parte anterior de su contextura. También, se advierte focalizada la parte inferior de su cuerpo en sus partes íntimas cubiertas por la ropa interior y, luego, la joven adoptó una postura en la cual expuso su espalda e inclinó su cuerpo para apoyarse en la pared. Por último, ya en la cama, dobló sus piernas y apoyó sus brazos en las rodillas, así como se acostó en el lecho, mostrando su espalda a la cámara, permitiendo la visión de sus “posaderas”.

Frente a dichas imágenes, el Tribunal dio por probado que en ellas se puede percibir el ánimo de resaltar las partes íntimas -enfoque en las zonas genitales, cadera, glúteos, senos y piernas-. Ello, en su criterio, “a más que permitió avizorar -detalladamente- la forma de los genitales”, muestra que esas fotos se alejan del objetivo de un catálogo de ropa interior, donde se pretende exaltar la confección a partir de la sensualidad de la modelo, pero no “mediante una exhibición excesiva de sus cualidades sexuales físicas principales -senos, cadera, cola y piernas-”, lo que innegablemente les da un eminente o alto contenido erótico⁷⁸.

Habiéndose acreditado entonces que las menores, luciendo las prendas de ropa interior que

les suministró el acusado, desplegaron la acción de adoptar poses aptas para incitar el deseo sexual en otros, con exhibición de sus senos, glúteos y genitales de forma acentuada e insinuante, es innegable que tal actividad es de connotación sexual.

La aptitud objetiva de las imágenes para estimular apetencias libidinosas en el observador se ratifica con la similitud de las mismas con las fotografías que usualmente se toman para el “ofrecimiento de servicios de acompañantes”, como lo reconoció el ad quem⁷⁹. No son sólo las posturas las que connotan de intencionalidad sexual la actividad de las menores, lo es también el superlativo enfoque de sus genitales, la marcación de éstos al ajustar las prendas, la sugerencia de querer despojarse de éstas en posiciones insinuantes, la significación de las poses cuando las menores aparecen “en cuatro”⁸⁰ sobre la cama, sentadas en el piso con las piernas abiertas para mostrar su vagina cubierta por la ropa interior, contra la pared sacando las nalgas para exhibirlas al fotógrafo, así como la pésima estética de las tomas, que descuida todo realce de las prendas como tal para focalizarse burdamente en los órganos sexuales de las modelos. Las poses lejos están de ser naturales en el contexto de efectuar tomas para catálogos de ropa interior, mientras que la completa desnudez no es requisito para negar la sexualización de las posturas asumidas por las jóvenes. Ello, sin dudarlo tiene plena aptitud -desde la perspectiva de un observador promedio- para despertar el deseo sexual, mediante la utilización de la imagen de las menores.

Y como tal actividad sexual fue registrada por el procesado mediante la toma de fotografías, es innegable que éstas tienen el carácter de representación real de actividad sexual, las cuales tenían idoneidad para ser intercambiadas y, en todo caso, fueron descubiertas en el ámbito de uso personal de CARLOS ARTURO BERMUDEZ MARTÍNEZ. Por consiguiente, ha de concluirse que, contrario a lo expuesto por el Tribunal y la Sala mayoritaria, los hechos sí realizan la descripción típica del delito de pornografía con menores de 18 años.

Los mencionados enunciados fácticos dan cuenta que las menores víctimas fueron

utilizadas e instrumentalizadas, mediante abuso de su inmadurez sexual, a fin de ser representadas como objeto de satisfacción libidinosa para terceras personas, lo cual ciertamente lesionó su formación sexual, en tanto bien jurídicamente protegido. En el presente caso es indiferente que el acusado no hubiera ejercido violencia para lograr las tomas en contra de la voluntad de las jóvenes, pues siendo un acto de abuso, lo censurable es precisamente el aprovechamiento indebido de la condición de las menores y de su incompleta formación, para obtener un registro abusivo de su sexualidad, mediante su instrumentalización para conseguir materiales pornográficos. Que el procesado -como enfatizó el Tribunal- no hubiera obligado a las jóvenes a realizar la sesión fotográfica en tales condiciones, nada dice sobre la configuración del delito, pues la coacción no hace parte del tipo penal.

El art. 20-4 de la Ley 1098 de 2006 declara que los niños, niñas y adolescentes deben ser protegidos, entre otras formas, contra la inducción y el estímulo a la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra su integridad y formación sexuales, por lo que el Tribunal erró al comprender que no hubo ninguna proposición indecente del acusado, pues fue éste quien, mediante remuneración y suministro de prendas íntimas, incitó a las jóvenes a que fueran retratadas en actividad de contenido sexual.

Por otra parte, de cara a lo argumentado por la defensora en la audiencia de sustentación del recurso de casación, con eco en la decisión mayoritaria, hemos de enfatizar que la afirmación de la tipicidad objetiva proviene de la interpretación del ingrediente normativo representaciones reales de actividad sexual, contenido en el art. 218 del C.P., no de la utilización del art. 2º del Decreto 1524 de 2002 ni del art. 2 lit. c) del 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, como normas integrantes del tipo penal. Según se expuso en precedencia, la incursión del procesado en el delito ha de afirmarse porque aquél fotografió a dos menores de edad desplegando actividad sexual, no porque simplemente hubiera registrado los genitales de éstas.

3.2 Adicionalmente, la Sala mayoritaria también soslayó que el Tribunal de igual manera erró al emitir un juicio negativo de tipicidad subjetiva. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (art. 22 C.P.). Ello supone tener conocimiento de los elementos objetivos del tipo y querer realizarlos. Así, actúa dolosamente quien sabe y comprende que su acción es objetivamente típica y quiere su realización (CSJ SP 12 feb. 2014, rad. 36.312).

Y de esto no hay duda en el asunto bajo examen, pues de las propias afirmaciones consignadas en la sentencia confutada se extrae que CARLOS ARTURO BERMÚDEZ MARTÍNEZ sabía que estaba fotografiando a NFY y LPBG posando en ropa interior, de manera sexualizada y compatible, como destacó el Tribunal, con los estándares identificables en imágenes de “ofrecimiento de servicios sexuales”⁸¹, inapropiados para catálogos de ropa interior⁸², así como dirigió su voluntad hacia ello, con el ánimo de resaltar superlativamente las partes íntimas de las jóvenes⁸³. El acusado sabía, entonces, que estaba registrando imágenes de “naturaleza eminente erótica”⁸⁴ y quiso hacerlo.

Sin embargo, para el ad quem, el acusado no actuó dolosamente, por cuanto no se demostró que CARLOS ARTURO BERMÚDEZ tuviera consciencia de la connotación pornográfica de las representaciones, de donde infirió que actuó seguro de su carencia de compromiso penal. Mas tal aserto es insuficiente para configurar un error de tipo invencible (art. 32-10 C.P.), único capaz de anular la tipicidad subjetiva dolosa, con fundamento en una valoración paralela sobre el ingrediente normativo representación real de actividad sexual.

Como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Corte, el error de tipo surge cuando hay divergencias entre lo conocido por el autor y lo realmente ocurrido. Si recae sobre el tipo objetivo, esto es, respecto de los elementos descriptivos o normativos, se excluye el dolo por afectar su aspecto cognoscitivo aun cuando se configura el aspecto volitivo. Lo que en realidad sucede es que el sujeto activo ignora que su comportamiento se adecúa en el tipo

penal, pero para que tenga la entidad de exonerar de responsabilidad penal, tal estado debe tener la connotación de invencible (CSJ SP 9 mar. 2016, rad. 39.464).

Empero, en la sentencia confutada no sólo se echa de menos cualquier motivación sobre el carácter invencible del error, sino que, en verdad, no se expusieron razones para justificar que el acusado, basado en determinadas convicciones -que se desconocen- malinterpretó, desde sus condiciones particulares de entendimiento, lo que constituye actividad sexual. De suerte que, habiéndose constatado que el actuar del señor BERMÚDEZ MARTÍNEZ fue doloso, sin que pueda afirmarse la existencia de un error de tipo en la comprensión de alguno de los ingredientes normativos, ha de concluirse que la conducta a aquél atribuida es típica tanto en el aspecto objetivo como en la esfera subjetiva.

3.3 Adicionalmente, tampoco se cuenta con bases fácticas suficientes para afirmar la existencia de un error de tipo basado en la errada convicción de que las modelos eran mayores de edad.

En efecto, el acusado no declaró en ese sentido, sin que la Corte conozca las razones que lo habrían llevado a esa supuesta percepción equivocada; y si bien el defensor planteó en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que había circunstancias “externas” que lo habrían hecho incurrir en error al respecto, como la estatura y contextura de las jóvenes, así como trabajos de modelaje previos en los que éstas habrían participado, tal hipótesis es descartada a la luz de otros argumentos referidos en el fallo.

En primer lugar, se advierte en la sentencia de segunda instancia⁸⁵, la madre de LPBG corroboró que para la fecha en que ocurrieron los hechos su hija tenía 16 años de edad y ella tuvo pleno conocimiento sobre la controvertida sesión fotográfica, como quiera que “el procesado primero la contactó para elaborar un catálogo y después la volvió a contratar para unas fotografías en traje de baño, a cambio de \$50.000”, a lo cual accedió con la condición de que su descendiente estuviera acompañada por una prima mayor de edad. De

suerte que, desde la perspectiva del acusado, la exigencia de acompañantes mayores de edad para la toma de fotografías, fácilmente le permitía entender que había menores de por medio.

Y esto no era sólo una inferencia posible. En segundo término, como se estableció en el fallo de primer grado⁸⁶, el procesado conocía a LPBG porque la había fotografiado en el reinado de la Feria de Bucaramanga para publicaciones en los periódicos Vanguardia y Q' hubo del 10 de septiembre de 2010 (tres meses antes de la sesión de fotos investigada). En tales publicaciones, junto a la imagen de la adolescente, aparece su edad (16 años) y la fecha de su nacimiento (23 de octubre de 1994).

Aunado a lo anterior, es incomprensible que si NYF cumplió años el mismo día de la toma de las cuestionadas fotografías (3 de diciembre de 2011), según se consignó en la sentencia confutada⁸⁷, relatando lo dicho por aquélla, el acusado, habiéndole preguntado por su edad, no se hubiera dado cuenta de que la joven aún no había alcanzado la mayoría de edad.

Finalmente, en nuestro criterio, es correcto afirmar, como se expuso en la sentencia de primera instancia⁸⁸, que la conducta del procesado efectivamente afectó sin justa causa la formación sexual de las menores concernidas, al tiempo que, teniendo la condición de imputable y consciencia sobre la antijuridicidad de su conducta, es dable afirmar que ésta también es antijurídica y culpable, por lo que la sentencia debió casarse para validar el fallo condenatorio de primer grado.

De esta manera, dejamos sentado nuestro salvamento de voto.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

1 Auto del 29 de junio de 2016 (AP 4220-2016)

2 Ib.

3 Cuyo objeto es reglamentar el artículo 5º de la Ley 679 de 2001, con el fin de establecer las medidas técnicas y administrativas destinadas a prevenir el acceso de menores de edad a cualquier modalidad de información pornográfica contenida en Internet o en las distintas clases de redes informáticas a las cuales se tenga acceso mediante redes globales de información.

4 Mediante el cual se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

5 Por cuyo medio 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.

6 “En los tipos penales en blanco, también denominados de reenvío, la conducta no se encuentra definida íntegramente por el legislador, sino que es preciso acudir a un precepto del mismo ordenamiento o de otro, a fin de precisar con nitidez su contenido en punto de realizar el proceso de adecuación típica, amén de establecer, entre otros factores, por ejemplo, la conciencia de la antijuridicidad, razón por la cual, no se viola el principio de reserva cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento correspondiente, siempre que este sea claro y permita establecer sin equívocos la conducta punible y su sanción.” Ver CSJ SP 12 Dic 2005 Rad. 23899, Corte Constitucional C-605-06

7 “El concepto de pornografía, dominado por el relativismo, presenta enormes dificultades de concreción y delimitación, debido, en gran medida, a que se halla impregnado de connotaciones morales, filosóficas, sociológicas y de indudables prejuicios de los que no resulta fácil sustraerse. En cualquier caso, es preciso tratar de delimitar sus contornos, necesidad ineludible que ha conducido a la doctrina científica y jurisprudencial a proponer las más variadas definiciones. Algunas de éstas, de inclinación moral, fijaron su punto de apoyo en la concepción social de la decencia e indecencia sexual; otras sostuvieron que lo decisivo en el concepto de pornografía es que ésta manifiesta de forma falsa y desfigurada la realidad sexual. También encontramos definiciones, más filosóficas que jurídicas, tendentes a situar el centro de gravedad del concepto de pornografía en el atentado contra el ideal humano de la sexualidad, por su carencia de toda referencia interna y espiritualidad, convirtiendo al sujeto en un mero objeto sexual...

La inaceptable extensión de los conceptos que se han propuesto de la pornografía ha provocado, en muchos casos, la desesperación de los juristas, que han tratado de introducir elementos correctores no siempre muy afortunados. Quizá el error ha sido la búsqueda de un concepto abstracto, omnicompreensivo, válido de una vez para siempre en todos los ámbitos del saber. Actualmente la doctrina especializada tiende a considerar que resulta conveniente, desde una perspectiva menos ambiciosa, tratar de proporcionar un concepto esencialmente jurídico, que, sustraído en la medida de lo posible de inferencias filosóficas, morales, etc... sea válido para el derecho penal; en definitiva, un concepto eminentemente pragmático que, tomando en consideración los fines y objetivos que deban alcanzarse (entre ellos certeza y seguridad jurídica), sea útil y operativo en el ámbito del derecho penal.” De esta opinión, Félix María Pedreira González, citado en el texto “Concepto de Material Pornográfico en el Ámbito Penal”, de Enrique Orts Berenguer /Margarita Roig Torres. Universitat de València (www.uv.es/recri/recri09/recri09i01.pdf)

8 Más acertada resulta la denominación de pornografía con personas menores de 18 años, como quiera que del delito pueden ser víctimas no solo los infantes, sino toda persona que no haya alcanzado esa edad.

9 Véase el texto Pornografía infantil e internet de Fermín Morales, catedrático de derecho penal. Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios de Internet (Barcelona 22 y 23 de noviembre de 2011).

10 Las siguientes referencias, no literales, se toman del texto “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista. Revista No. 58 Ene. -Mar. 2017. Miguel Ángel Boldova Pasamar. Universidad de Zaragoza

11 El artículo en referencia cita de la legislación de ese País, Ley 49 de modificación del Código Penal para la transposición de la normativa europea sobre Derecho Penal Sexual, del 21 de enero de 2015; y §§ 184b y 184c

12 Boldova Pasamar, Ib.

13 “Etimológicamente, la palabra pornografía proviene de los términos griegos porne (prostituta) y grafo (escribir), por lo que pornografía significaría escritura acerca de las prostitutas. Este significado, que aún persiste y constituye una de las acepciones del término, no es, sin embargo, el habitualmente utilizado. Según el Diccionario de la RAE, por pornografía se entiende: 1. Presentación abierta y cruda del sexo que busca producir excitación; 2. Espectáculo, texto o producto audiovisual que utiliza la pornografía; y 3. Tratado acerca de la prostitución. El empleo habitual del término pornografía obedece a la segunda acepción de la palabra, puesta en relación con la primera. En este sentido, pornografía será el espectáculo, texto o producto audiovisual que utiliza la presentación abierta y cruda del sexo para buscar producir excitación sexual.” Véase el texto La

Pornografía Infantil como Especie de la Pornografía en General”, texto de la profesora Myriam Cabrera Martín, en Cuadernos de Política Criminal, Número 121, I, Época II, mayo 2017.

14 La autora mencionada en la cita anterior, identifica como notas tradicionalmente asociadas al concepto de pornografía, además del contenido sexual y de la búsqueda de la excitación sexual (verdaderos elementos configuradores del término), los componentes de ausencia de valor social, carácter deshumanizante, el propósito lucrativo y vocación de difusión, y el carácter ofensivo.

15 En el Congreso de la República cursa el Proyecto de Ley 58 de 2017 por medio del cual se aprueba el Convenio sobre Ciberdelincuencia, aprobado el 23 de noviembre de 2001, en Budapest. En la exposición de motivos, se consigna lo siguiente: “En la actualidad, el Convenio de Budapest ha sido firmado por 45 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. De ese grupo, 35 lo han ratificado. Estados no miembros del Consejo de Europa, como Australia, Estados Unidos, Japón, la Isla Mauricio, República Dominicana y Panamá, son Estados Parte del Convenio. Además, más de 24 países han sido invitados a adherirse al Convenio, por lo que en el momento se encuentran adelantando el proceso de ratificación interna en este sentido. Por su parte, el 11 de septiembre de 2013, Colombia fue invitada por el Consejo de Europa a adherirse al Convenio de Budapest, gracias a las gestiones del Gobierno Nacional encaminadas a contar con instrumentos jurídicos y de cooperación internacional para enfrentar de forma efectiva el delito cibernético. El término establecido para formalizar la adhesión es de 5 años por lo que solo hasta el año 2018 Colombia tiene la posibilidad de aceptar dicha invitación.” Negrilla fuera del texto.

16 Punto 100 del Informe Explicativo

17 Este catálogo reúne las formas de pornografía blanda y dura. La segunda refiere las formas más extremas de la pornografía, debiéndose incluir en ella la infantil; de manera que para los efectos de esta decisión carece de relevancia la distinción entre esas dos categorías.

18 Cabrera Martín M, texto citado

19 José Luis Díez Ropollés. Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras, citado por Orts Berenguer /Roig Torres, en El Concepto de Material Pornográfico en el Ámbito Penal.

20 Phan Thi Kim Phúc tenía 9 años cuando sucedió el ataque en la guerra de Vietnam

21 Cfr. C-070-96

22 En este Instrumento, los Estados Partes, entre otros motivos, manifestaron la “profunda preocupación por la práctica difundida y continuada del turismo sexual, a la que los niños son especialmente vulnerables ya que fomenta directamente la venta de niños, su utilización en la pornografía y la prostitución.” De igual modo, se mostraron preocupados por la disponibilidad cada vez mayor de pornografía infantil en la internet y otros medios tecnológicos modernos, y recordaron la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet (Viena, 1999), particularmente las conclusiones, en las que se pide la penalización en todo el mundo de la producción, distribución, exportación, transmisión, importación, posesión intencional y propaganda de este tipo de pornografía, circunstancia que motiva una colaboración y asociación más estrecha entre los gobiernos y el sector de la Internet.

23 Folios 35 a 39 de la sentencia

24 Fotografías identificadas en la actuación con los números 6445 a 6463, 6464 a 6475, 6476 a 6483, 6484 a 6500, 6501 a 6518, 6519 a 6539, 6567 a 6593, 6663 a 6673, 6674 a 6689, 6690 a 6696, 6697 a 6712, y 6713 a 6722

25 Cfr., entre otros, RENZIKOWSKI, Joachim. Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie. En: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015; EISELE, Jörg y FAINER, Franosch. Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz. En: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. Disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_8_1037.pdf; BAUER, Felipe. Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno derecho penal. Universidad de Sevilla; DE LA ROSA, José Miguel. Los delitos de pornografía infantil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011 y TAYLOR, Max, HOLLAND, Gemma y QUAYLE, Retel. Typology of pedophile picture collections. En: The Police Journal, volume 74, 2001.

26 Como se advierte en los apartes de la decisión mayoritaria atrás reseñados, ésta no da razones para sostener que las poses sugestivas no pueden reputarse como exhibición lasciva al carecer de un carácter sexualmente explícito. Sin desarrollar tal idea, en la cita de pie de página Nº 18, tan sólo se invoca el artículo “La Pornografía Infantil como Especie de la Pornografía en General”. Empero, dicho texto es ciertamente inapropiado para la discusión planteada a la Corte, centrada en la interpretación de un ingrediente normativo de un tipo penal, por cuanto presenta una propuesta criminológica de lege ferenda, no un análisis de lege lata sobre la comprensión del concepto de pornografía. Así lo clarifica su autora, Myriam Cabrera Martín, Colaboradora Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Comillas, quien al presentar el artículo “considera necesario adoptar como punto de partida una

definición que permita abarcar todas las manifestaciones del fenómeno y que se encuentre desprovista de valoraciones jurídicas”. Cfr.:

<https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/19477>

27 Como se expondrá en el num. 2.2.2.1 infra, la jurisprudencia de varios sistemas jurídicos extranjeros citados en la decisión mayoritaria muestra que, contrario a lo considerado en ésta, las poses eróticas de menores de edad sí comportan punibilidad.

28 COPI, Irving. COHEN, Carl. Introducción a la Lógica. México: Limusa, 2007, p. 156.

29 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.

30 Propósito que ya se había manifestado desde el Proyecto de Ley Nº 08 de 2006-Senado, que dio origen a la Ley 1236 de 2008. En esa oportunidad, los ponentes manifestaron: “En realidad, la novedad del proyecto se sitúa en la proporcionalidad y diseño de la dosimetría penal que se propone en él, más que en el incremento propiamente dicho y en una serie de definiciones relativas al abuso sexual que seguramente facilitarán la tipificación del delito y pueden cumplir una función adicional de educación para la sociedad, pues la definición de cada una de las conductas sexuales ayudará a comprender el alcance de los delitos”.

31 Sobre la connotación normativa del ingrediente “actividad sexual”, cfr. ROXIN, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I. München: C.H. Beck, 4. Auflage, 2006, p. 308 y JESCHECK, Hans Heinrich. WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal – parte general. Granada: Comares, 5º ed., 2002, pp. 289-290.

32 Esa tarea definitoria a nivel internacional es profusa. Si bien se trata de instrumentos no vinculantes para Colombia, a fin de constatar el carácter normativo del ingrediente típico bajo estudio, pueden citarse, entre otras, la definición de pornografía consignada en el art. 2 lit. c) de la Directiva 2011/92/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI -relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil-, que define como pornografía infantil: “i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada; ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines primordialmente sexuales; iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales; o iv) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines primordialmente sexuales”. Así mismo, puede mencionarse el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual del 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote), cuyo art. 20-2 establece que “por «pornografía infantil» se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales”. Igualmente relevante se ofrece el art. 9-2 del Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, norma del mismo tenor del art. 2 lit. c) de la referida directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

33 BAUER, Felipe. Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno derecho penal. Universidad de Sevilla, p. 88. Una muestra de la condición variable de los consensos a ese respecto se encuentra en el art. 19 inc.

1º de la Ley 1336 de 2009, acorde con el cual el documento de criterios de clasificación de páginas en internet con contenidos de pornografía infantil, debe ser actualizado cada dos años, a fin de, entre otros objetivos, revisar la vigencia doctrinal de sus definiciones y actualizar los criterios sobre tipos y efectos de la pornografía.

34 Cfr. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española.
<http://dle.rae.es/?id=XVRDns5>

35 Sobre el particular, cfr. EISELE, Jörg y FAINER, Franosch. Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz. En: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. Disponible en:
http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_8_1037.pdf, p. 519.

36 Cfr. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española:
<http://dle.rae.es/?id=ThYXkZ3>

37 Cfr. EISELE, Jörg. Computer- und Medienstrafrecht. München: C.H. Beck, 2013, p. 92. En la misma línea, una representación puede catalogarse como pornográfica cuando, por su carácter obsceno, se dirige a la excitación del impulso sexual, comprendiendo todas las formas de manifestación de la comunicación. Cfr. DE LA ROSA, José Miguel. Los delitos de pornografía infantil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 33.

38 Cfr. RENZIKOWSKI, Joachim. Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie. En: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 523.

39 Cfr. FISCHER, Thomas. Beck'sche Kurzkommentar-Strafgesetzbuch.

München: C.H. Beck, 2013, § 184, Rn. 7 – 7 b), pp. 1263-1264 y RENZIKOWSKI, Joachim. Ibídem, p. 523.

40 EISELE, Jörg y FAINER, Franosch. Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz. En: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik. Disponible en: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2016_8_1037.pdf, pp. 520-521.

41 Ello ha llevado a la doctrina a plantear que es más preciso referirse a “imágenes de abuso a niños” que al término de pornografía infantil, pues aquella noción refleja mejor la esencia de dichos materiales. Cfr. DE LA ROSA, José Miguel. Los delitos de pornografía infantil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 33.

42 En ese sentido, cfr. WORTLEY, Richard. SMALLBONE, Stephen. Child Pornography on the Internet. U.S. Department of Justice Office of Community Oriented Policing Services. En: Problem-Oriented Guides for Police. Problem-Specific Guides Series. Guide No. 41, p. 6. Disponible en <https://ccoso.org/sites/default/files/import/child-porn-on-the-internet..pdf>. Así mismo, DE LA ROSA, José Miguel. Los delitos de pornografía infantil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 40; BAUER, Felipe. Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno derecho penal. Universidad de Sevilla, p. 99

43 El adjetivo desnudo se predica de una persona o de una parte del cuerpo que no está cubierta por ropa o que está vestido con ropa escasa o de manera indecente. Cfr. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española: <http://dle.rae.es/?id=DEE3jZX>

44 Cfr. RENZIKOWSKI, Joachim. Die böse Gesinnung macht die Tat. Zur aktuellen Debatte über die Kinderpornographie. En: Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag. Heidelberg: Müller, 2015, p. 525

45 Desde luego, tales imágenes podrían ser consideradas pornográficas si se demuestra que son tomadas o utilizadas con fines primordialmente sexuales, como por ejemplo alimentar bases de datos de pedófilos. El registro de genitales de menores de edad es un criterio adicional de valoración sobre el carácter pornográfico de un material visual, contenido, entre otras disposiciones, en el art. 2-2 del Decreto 1542 de 2002, que no puede integrar, sin más, el art. 218 inc. 1° del C.P., pues su propósito es sólo el de “prevenir el acceso de menores de edad a cualquier modalidad de información pornográfica en Internet” (arts. 1° ídem y 5° de la Ley 679 de 2001). Tal referente deriva del art. 2 lit. c) del 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 y ha sido implementado en múltiples legislaciones, tanto a nivel regional como nacional. A ese respecto, pueden citarse, entre otros, el art. 2 lit. c) num. 2 de la Directiva 2011/92/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, el actual § 184 b) inc. 1° num. 1° lit. c) del Código Penal Alemán (StGB) o el § 2256-2 lit. b) num. 3 del Código de los Estados Unidos (US Code).

46 Cfr. EISELE, Jörg. Computer- und Medienstrafrecht. München: C.H. Beck, 2013, p. 100 y DE LA ROSA, José Miguel. Los delitos de pornografía infantil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 40. Al respecto, también puede consultarse la escala COPINE -red de información de lucha contra pedófilos en Europa- de tipología de las colecciones de imágenes de pedofilia. Con los términos de pose erótica y pose erótica explícita, respectivamente, se alude a fotos de poses deliberadas de niños total o parcialmente desnudos en posturas sexualizadas o provocativas, así como a imágenes de dichas características enfatizando las áreas genitales cuando el menor está desnudo o parcialmente vestido. Cfr. TAYLOR, Max, HOLLAND, Gemma y QUAYLE, Ethel. Typology of pedophile picture collections. En: The Police Journal, volume 74, 2001, disponible en:

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.552.43&rep=rep1&type=pdf>

47 Cfr. STS 967 del 8 de marzo de 2006.

48 SAP Álava 376 del 2 de diciembre de 2008. Citada por BAUER, Felipe. Los delitos de pornografía infantil como paradigma del moderno derecho penal. Universidad de Sevilla, pp. 96-97 y por DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. Los delitos de pornografía infantil. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 41.

49 Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique. ROIG TORRES, Margarita. Concepto material pornográfico en el ámbito penal. En: ReCrim2009, p. 120.

50 Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista. En: Revista de Derecho Penal. Bogotá: Legis, N° 58 Ene.-Mar. 2017, p. 9.

51 Los factores Dost fueron articulados en orden a proveer un test más concreto para determinar si una representación visual de un menor constituye una exhibición lasciva de los genitales o el área púbica” bajo el 18 U.S.C. Sec. 2256 (2) (E):

1. Si el punto focal de la representación visual está en los genitales o el área púbica del menor.
2. Si el escenario de la representación visual es sexualmente sugestiva, por ejemplo, en un lugar o en una pose generalmente asociada con actividad sexual.
3. Si el menor es representado en una pose no natural o en un atuendo inapropiado, considerando su edad.

4. Si el menor está total o parcialmente vestido, o desnudo.
5. Si la representación visual sugiere coqueteo o la voluntad de entablar actividad sexual.
6. Si la representación visual pretende o está diseñada para provocar una respuesta sexual en el espectador.

52 636 F. Supp. 828 (S.D.Cal.1986), aff'd sub nom. United States v. Wiegand, 812 F.2d 1239 (9th Cir.), cert. denied, 484 U.S. 856, 108 S. Ct. 164, 98 L. Ed. 2d 118 (1987).

53 En muchas secuencias, se advierte en el pie de página Nº 11 de la decisión, el fotógrafo enfocó de manera no natural los genitales de las niñas en tomas de primer plano que revelaban el contorno externo de sus órganos sexuales a través de ceñidos trajes de baño, mallas y ropa interior.

54 Cfr., entre muchas otras, BGH 4 StR 342/14 (sentencia del 3 de diciembre de 2014); BGH 4 StR 370/13 (sentencia del 16 de enero de 2014 - NStZ 2014, 220, 221); BGH 2 StR 459/13 (decisión del 21 de noviembre de 2013 - NStZ RR 2014, 108); BGH 5 StR 581/10, NStZ 2011, 570-571; BG

55 BGH 4 StR 342/14 (sentencia del 3 de diciembre de 2014), reiterando en ese aspecto BGH 4 StR373/08 (sentencia del 26 de agosto de 2008 -NStZ 2009, 29) y BGH 4 StR 459/07 (sentencia del 20 de diciembre de 2007 - NStZ-RR 2008, 339-340).

56 Cfr. Real Academia Española. Diccionario de la lengua española: <http://dle.rae.es/?id=W4bjCOY>.

57 BAUER, Felipe. Los delitos de pornografía infantil como paradigma del

moderno derecho penal. Universidad de Sevilla, pp. 100-101.

58 SATZGER, Helmut. SCHLUCKEBIER, Wilhelm. Strafgesetzbuch. Kommentar. München: Carl Heymanns, 3. Auflage, 2016, § p. 184 b, Rn. 9, p. 1232; EISELE, Jörg. Computer- und Medienstrafrecht. München: C.H. Beck, 2013, p. 100.

59 Cfr. DE LA ROSA, José Miguel. Los delitos de pornografía infantil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 105-109. Dicho tipo de pornografía se encuentra definido en el art. 2 lit. c) de la Directiva 2011/92/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, que sustituye a la Decisión Marco 2004/68/JAI -relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil-, al definir como pornografía infantil, entre otras modalidades: “iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales; o iv) imágenes realistas de un menor (inexistente) participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor (inexistente), con fines primordialmente sexuales”.

60 Contenida en la exposición de motivos del Proyecto de Ley Nº 109/07-Cámara (Nº 324/07-Senado).

61 En los términos de la sent. C-534-05 de 2005.

62 Adoptada mediante la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991.

63 Adoptado mediante la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución A/RES/54 del 25 de mayo de 2000, ratificado por Colombia por medio de la

Ley 765 de 2002, declarada exequible a través de la sent. C-318 de 2003, y promulgada a través del Decreto 130 de 2004.

64 Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación N° C182, adoptado por la 87ª Reunión de la Conferencia General de la OIT el 17 de junio de 1999. Aprobado en Colombia mediante la Ley 704 de 2001, declarada exequible en la sent. C-535 de 2002, y promulgado a través del Decreto 1547 de 2005.

65 La connotación de la pornografía infantil como una modalidad de abuso sexual, también se encuentra en el art. 1º de la Ley 679 de 2001, así como en la Ley 1236 de 2008, por cuyo medio se modificaron algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual.

66 Con indemnidad sexual quiere significarse el “interés de que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad”. Ello, a fin de evitar “alteraciones que la confrontación sexual puede originar en el adecuado y normal desarrollo de su personalidad o, más específicamente, de su proceso de formación sexual, o las perturbaciones de su equilibrio psíquico derivadas de la incompreensión del comportamiento”: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. En: Anuario de Derecho Penal 1999-2000: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_1999_06.pdf.

67 DE LA ROSA, José Miguel. Los delitos de pornografía infantil. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 17-18.

68 Sobre la imposibilidad legal de que el menor de 14 años de edad preste

su consentimiento en el ámbito sexual, cfr., entre otras, CSJ SP 26 sept. 2000, rad. 13.466 y SP 5 mar. 2014, rad. 41.778.

69 BAUER, Felipe. Los delitos de pornografía infantil como paradigma del
moderno derecho penal. Universidad de Sevilla, p. 197.

70 Fls. 17-19 sent. 2ª inst.

71 Fls. 22-23 ídem.

72 Fls. 23-24 ídem.

73 Fls. 34-35 ídem.

74 Fl. 41 ídem.

75 F. 43 ídem.

76 Cfr. fls. 35-38 ídem.

77 Cfr. fls. 38-39 ídem.

78 Cfr. fls. 40-41 ídem.

79 Cfr. fl. 27 ídem.

80 Cfr. fl. 29 ídem.

81 Cfr. fl. 27 ídem.

82 Cfr. fl. 40 sent. 2ª inst.

83 Cfr. fl. 39 ídem.

- 84 Cfr. fl. 45 ídem.
- 85 Cfr. fl. 19.
- 86 Cfr. fl. 17 sent. 1ª inst.
- 87 Cfr. fl. 22 sent. 2ª inst.
- 88 Cfr. fl. 21 sent. 2ª inst.