

Alcance del ingrediente normativo contenido en el tipo penal del artículo 218-1 del Código Penal, referido a las "representaciones reales de actividad sexual". Consideraciones sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de febrero de 2018, radicado 45868, ponente José Francisco Acuña.

Scope of the normative ingredient contained in the article 218-1 of the Criminal Code, referred to the "real representations of sexual activity". Considerations on the sentence of 7 February, 2018, by the Supreme Court of Justice (45868)

VALENTINA ARANGO GÓMEZ¹

Hechos relevantes

El señor CABM realizó una sesión fotográfica para un catálogo de venta de ropa interior para adolescentes con EJAG, NYF y LPBG, quienes habían acordado posar en tanga, *brassiere* y "cachetero", a cambio de \$160.000. En ese momento, LPBG y NYF eran menores de edad, tenían 16 y 17 años, respectivamente. La progenitora de LPBG había autorizado su participación, siempre y cuando estuviera acompañada por EJAG, su prima mayor de edad. Por su parte, NYF fue en compañía de su hermana SLPG.

Una vez finalizada la sesión, LPP, prima de LPBG, encontró a SL con un "hilo" blanco, quien le manifestó que lo había obtenido del lugar en el que se realizó la sesión. Se dirigieron al lugar indicado, pero, al ver que CABM estaba saliendo del recinto, decidieron avisarle a un policía que en aquel lugar se habían tomado unas "fotos indecentes". El policía se dirigió hacia CABM, quien le enseñó las fotos voluntariamente; sin embargo, al ver que estas se enfocaban en zonas genitales, glúteos y senos, y contenían poses insinuantes, decidió capturarlo por considerar que podría tratarse de material pornográfico.

1 Estudiante de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Contacto: ealeman1@eafit.edu.co

Aspecto jurídico considerado en la sentencia

El objeto de análisis de la sentencia es el alcance del ingrediente normativo referido a las “representaciones reales de actividad sexual”, contenido en el artículo 218 del Código Penal que tipifica el delito de pornografía con personas menores de 18 años de la siguiente manera:

El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.²

Argumentos de las partes

Tesis del recurrente

Las razones expuestas por el recurrente están dirigidas a argumentar que la segunda instancia cometió una infracción directa de la ley sustancial al considerar 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”³. Para estos, la infracción se hace evidente por el hecho de no haber considerado las normas que regulan la pornografía infantil, las cuales señalan que esta tiene lugar cuando se encuentra involucrado un menor de 18 años de edad⁴. Por último, señalan que en el caso concreto unas fotografías muestran la parte externa de los genitales de dos menores de edad y sus partes íntimas⁵ (entrepierna y glúteos), lo cual constituye, para estos, una representación de actividad sexual.

2 Artículo 218 del Código Penal colombiano, modificado por el por el artículo 24 de la Ley 1336 de 2009.

3 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de febrero de 2018, radicado 45868, ponente José Francisco Acuña Vizcaya, p. 5

4 Algunas de las normas citadas por el recurrente son: artículo 1º de la Ley 765 de 2002, y los artículos 2º y 5º de la Ley 679 de 2001, y 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).” *Ibíd.*, p.5

5 Esto fue reconocido por el Tribunal

Fiscal delegada

La Fiscal delegada precisó en la audiencia de sustentación la diferencia entre pornografía blanda y pornografía dura⁶, señalando que para la interpretación del artículo 218 del Código Penal es necesario remitirse a la Ley 679 de 2001 y al Decreto 1524 de 2002 donde se 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”⁷. Por otro lado, hizo hincapié en que el Tribunal parece haber recurrido a estándares muy altos, como si se tratara de pornografía adulta, interpretación que “pone en riesgo la formación sexual de los niños, al exponerlos a la comercialización de las imágenes de sus cuerpos”⁸. Por último, precisó en dos cuestiones relativas a la interpretación del concepto “pornografía”: la pornografía debe producirse con fines primordialmente sexuales, y la representación de las partes genitales no requiere que el menor se encuentre desnudo.

Ministerio Público

Según la representante del Ministerio Público, no se violó directamente la ley porque las fotografías no contenían representaciones reales de actividad sexual. Sin embargo, reconoció que, para delimitar este ingrediente normativo, es necesario emplear herramientas complementarias para que el juez pueda determinar en qué radica lo prohibido. Esto porque hay una zona de penumbra significativa al estar expuesta a valoraciones éticas, culturales, religiosas o geográficas. Finalmente, agregó la representante del Ministerio Público, sirviéndose de instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, que la configuración del delito de pornografía con menores “exige que las representaciones den cuenta de un menor adoptando comportamientos sexuales explícitos o imágenes realistas que los hagan figurar en tales actividades”⁹.

Consideraciones de la Corte

Debido a que el recurso no satisfizo los requisitos mínimos de postulación y faltó al deber de reseñar con observancia la estructura probatoria y la motivación de

6 La pornografía blanda revela imágenes que no son explícitas, pero contienen desnudez y seducción, mientras que la pornografía dura contiene escenas de acceso carnal o de actos sexuales.

7 *Ibíd.*, p.7

8 *Ibíd.*, p.8

9 *Ibíd.*, p.9

la sentencia recurrida, se inadmitieron los dos cargos formulados. Sin embargo, la Sala, buscando unificar la jurisprudencia frente al alcance de las normas de Derecho penal sustantivo, decidió examinar el primer cargo planteado: violación directa de la ley. Así, el esfuerzo interpretativo de la Corte pretende fijar el alcance de la expresión *representaciones reales de actividad sexual*, ingrediente normativo del tipo penal del primer inciso del artículo 218 del Código Penal¹⁰.

En primer lugar, la Corte analiza el tipo penal con sus verbos rectores¹¹: fotografiar, filmar, vender, exhibir, grabar, producir, divulgar, ofrecer, poseer, portar, almacenar, transmitir, exhibir e intercambiar; señalando, igualmente, que debe tratarse de representaciones reales de actividad sexual que pueden estar destinadas, tanto al uso personal del agente, como al intercambio con otras personas. Esto los lleva a aclarar que, aunque el sujeto activo es indeterminado, el sujeto pasivo exige una connotación especial: debe tratarse de un menor de 18 años. Esta protección radica en que son titulares de una pluralidad de intereses jurídicos que se refieren, tanto a la libertad, integridad y formación sexuales¹², como a la dignidad, intimidad y propia imagen, los cuales se ven afectados en la divulgación del material y en la posibilidad de emplearlo¹³.

Posterior a las aclaraciones preliminares, la Corte realiza un análisis del elemento normativo “representaciones reales de actividad sexual”, el cual debe ser valorado para delimitar su alcance al no encontrar una definición normativa en el ordenamiento jurídico colombiano. Por esto, la Sala se remite al derecho comparado¹⁴, señalando que, de estas definiciones normativas —especialmente de la norteamericana— los estudiosos han concluido que el término hace referencia 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”¹⁵.

10 *Ibíd.*, p.4

11 Las conductas tradicionales eran fotografiar, filmar, vender, exhibir. Las otras fueron agregadas por la reforma del artículo 24 de la Ley 1336 de 2009.

12 El delito de pornografía con menores de 18 años pertenece al título IV: delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

13 La posesión, el almacenamiento, y el porte de pornografía infantil acarrear la posibilidad de emplear el material pornográfico, lo que pondría en peligro los derechos protegidos. Es por esta razón que se justifica la penalización de dichas conductas.

14 Las remisiones son a los siguientes ordenamientos: EEUU, Alemania, Francia, Italia, Reino Unido, y España. En los Estado Unidos, se encuentra penalizada la pornografía cuando compromete a menores de edad, tipificando incluso la pornografía técnica o aparente, y realista o virtual.

15 *Ibíd.*, p.19

De la anterior definición, distingue dos componentes esenciales de este concepto de pornografía:

1. Un componente objetivo referido al contenido sexual, que se traduce en que el comportamiento sexual explícito¹⁶ debe poder ser catalogado como tal por el común de los observadores. Así, de no presentarse en un contexto lascivo, la exhibición de genitales no constituye una conducta sexualmente explícita; es decir, no resulta pornográfica la simple representación de órganos sexuales que no revela la capacidad de llevar al observador a un escenario sexual.
2. Un componente de finalidad objetivada, que se evidencia en que el material, para que sea pornográfico, debe estar destinado a la búsqueda de la excitación sexual, cuestión que no depende de quien lo elabora o la utiliza.

A modo de ejemplo, la Sala cita el caso de “La Niña de Napalm”, fotografía que proyecta a una menor desnuda viviendo los horrores de la guerra. Esta, a pesar de contener un desnudo, no podría clasificarse en ningún caso como pornografía, al carecer de ambos componentes. Sin embargo, la Corte deriva del postulado anterior que las imágenes de niños en poses *simplemente sugestivas* no constituyen pornografía porque no puede predicarse que proyectan una conducta sexual explícita cuando se refiere a una postura determinada que no exhibe sus genitales. Agrega la Sala que:

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.¹⁷

Frente a la delimitación del contenido del elemento normativo, la Corte advierte dos problemas significativos. Por un lado, remitiéndose a la cita anterior, señala que resulta inútil cualquier intento de represión de pederastas o pedófilos, ya que estos

16 Las conductas sexuales explícitas fueron analizadas por el Consejo de Europa, basándose en el Convenio Sobre Ciberdelincuencia y el Informe Explicativo, concluyendo 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) las exhibición lasciva de los genitales de un menor. Es indiferente el hecho de que la conducta descrita sea real o simulada” *Ibíd.*, p.20

17 *Ibíd.*, p.23. Esta definición responde a la que adoptó el Decreto 1524 de 2002.

pueden llegar a la excitación sexual con la sola representación mental que hagan del niño o niña, y este intento llevaría a desnaturalizar el Derecho penal al sancionar las fantasías sexuales de unos sujetos particulares¹⁸.

Por otro lado, hace hincapié en que la criminalización de ese tipo de imágenes incidiría en la libertad de expresión y en el derecho a escoger profesión u oficio al subjetivar el concepto de pornografía. Esta interpretación no responde a la sociedad actual, en la que influyen de manera significativa la publicidad y el modelaje, los cuales suelen estar cargados de imágenes con poses sugestivas pero que, usualmente, carecen del contenido sexual requerido para calificarse como material pornográfico.

Finalmente, cabe resaltar que la Corte precisó ciertas cuestiones relativas a las *representaciones reales de actividad sexual*. Dice la Sala 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.”¹⁹. Debe anotarse, igualmente, que la Corte agrega que las imágenes deben ser reales, es decir, debe tratarse de personas menores de 18 años, y no puede tratarse, en ningún caso, de material elaborado por medios informáticos, atendiendo al principio de legalidad y estricta tipicidad²⁰. Concluye la Sala señalando que las siguientes modalidades no son punibles en el ordenamiento colombiano debido a que no hay comportamiento típico: (i) pornografía infantil técnica²¹, (ii) la pseudopornografía²², y (iii) la pornografía infantil artificial²³.

Con el contenido del ingrediente normativo suficientemente delimitado, procede la Corte a realizar ciertas anotaciones sobre el caso particular. El razonamiento del Tribunal es, a criterio de esta, afortunado. Este se servía de argumentos que llevaban a concluir que las imágenes tomadas por el procesado carecían de contenido sexual ya que su contenido intrínseco no pretende generar excitación sexual, sino que depende del criterio axiológico del observador. Por otro lado, sostuvo el Tribunal que

18 Sostiene la Sala que penalizar las acciones relacionadas con este tipo de imágenes conllevaría a una prohibición excesiva, porque los límites del derecho penal son los derechos fundamentales.

19 *Ibíd.*, p.25-26

20 En otros ordenamientos se ha discutido la posibilidad de penalizar la pornografía virtual.

21 En esta intervienen personas que no son menores pero que aparentan serlo.

22 En esta se insertan fotogramas de menores reales en escenas pornográficas en las que no intervinieron realmente, es decir, no fueron abusados.

23 En esta intervienen menores creador por un patrón irreal (v.gr. animaciones), es decir, no representan a un ser humano con existencia real.

las imágenes no exhibían excesivamente los atributos físicos de las menores, y, en ningún caso, se mostraba contacto entre ellas o poses que sugirieran intención de tocamiento o masturbación. Así, atendiendo al razonamiento del Tribunal, la Corte decide no casar la sentencia recurrida²⁴.

Salvamento de voto

Los magistrados Patricia Salazar, José Luis Barceló, y Fernando León Bolaños formularon un salvamento de voto. La disidencia radica, según lo expuesto, en aspectos de connotación. Estos señalan que la decisión mayoritaria, al considerar que “ninguna pose erótica de un menor puede reputarse como una exhibición lasciva”²⁵, ignoró el contexto comunicativo de la pornografía, desconoció la posibilidad de concurrencia de factores para determinar la existencia de un contexto lascivo, e hizo incompatible esta interpretación con los estándares internacionales de protección de los derechos de los niños.

Para estos magistrados sí es posible identificar, en el caso concreto, un contenido de representaciones reales de actividad sexual, ya que el material cumple con los dos componentes establecidos por la mayoría de la Sala. Igualmente, hacen hincapié en que sí es punible registrar menores en poses eróticas –con mayor o menor grado de desnudez²⁶ y en un contexto lascivo–cuando satisfacen ambos criterios. Sin embargo, señalan que, para que una pose sugestiva configure el ingrediente normativo de actividad sexual, debe mostrar objetivamente una intención provocadora de excitación sexual.

Por último, cabe resaltar que los magistrados, sin olvidar la dificultad que se presenta al intentar predeterminar las poses que configuran este ingrediente normativo²⁷, sugieren algunos criterios para valorar en cada caso: el mayor o menos énfasis en genitales, el mayor o menor grado de desnudez, los accesorios que fueron utilizados, la locación, los gestos y expresiones del menor, la significación de la pose, la estética, el contexto, y la finalidad que se pretenda con la imagen.

24 El fallo de la Corte, aunque concuerda con la decisión del Tribunal, contiene un salvamento de voto de tres magistrados, factor que evidencia que el criterio de representación real de actividad sexual no es pacífico, al menos no al interior de la Corte.

25 *Ibíd.*, p.34

26 Dice el salvamento: “[d]e 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”. *Ibíd.*, p.53.

27 Debe superar un umbral de gravedad verificable judicialmente para considerarse actividad sexual de connotación pornográfica.