

PORNOGRAFÍA INFANTIL

EL PAPEL JURÍDICO Y SU EFECTIVIDAD



MISAEAL TIRADO ACERO
JENNIFFER PINILLA LEÓN
CARLOS LAVERDE RODRÍGUEZ



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

**Pornografía infantil: el papel
jurídico y su efectividad**

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

El presente libro fue sometido a proceso de arbitraje y evaluación por dos pares, mediante el sistema de doble ciego de Minciencias y es resultado del ejercicio académico e investigativo de los autores adscritos a los grupos de investigación del que hacen parte de acuerdo a los parámetros de cohesión y colaboración. El libro se presenta al *Book Citation Index* de la *Web of Science* de Clarivate.

**Pornografía infantil: el papel
jurídico y su efectividad**

Misael Tirado Acero

Jenniffer Pinilla León

Carlos Alfonso Laverde Rodríguez

INSTITUTO
LATINOAMERICANO
DE ALTOS ESTUDIOS

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos (*Peer Review Double Blinded*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 3.0 Unported License.



ISBN versión digital 978-628-7532-50-2

ISBN versión impresa 978-628-7532-49-6

© MISAEL TIRADO ACERO / JENNIFFER PINILLA LEÓN /

CARLOS ALFONSO LAVERDE RODRÍGUEZ, 2022

© Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2022

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra

Cra. 18 # 39A-46, Teusaquillo, Bogotá, Colombia

PBX: (571) 601 232-3705

www.ilae.edu.co

Diseño de carátula y composición: HAROLD RODRÍGUEZ ALBA

Edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (571) 601 323-2181

editorialmilla@telmex.net.co

Editado en Colombia

Published in Colombia

Contenido

PREÁMBULO	7
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO PRIMERO	
LA INDUSTRIA PORNOGRÁFICA	17
I. Entre la opresión y la apropiación de los cuerpos	28
II. La pornografía infantil	32
III. La pornografía infantil y la realidad social	43
A. Internet y pedofilia	47
CAPÍTULO SEGUNDO	
DISCUSIÓN JURÍDICA EN TORNO	
A LA PORNOGRAFÍA INFANTIL	57
I. Fundamento constitucional de la protección a los NNA	57
II. Pornografía infantil: artículo 218 del Código Penal	67
III. Estandarizando el contenido de la pornografía infantil	79
CAPÍTULO TERCERO	
FUNCIÓN DE LA PENA Y POLÍTICA PÚBLICA	87
I. El mito de la función de la pena	87
II. Políticas públicas	92
A. Leyes de registro y vallas publicitarias	100
III. Eficacia de la política criminal como elemento integrante de la política pública	106
Conclusiones	115
BIBLIOGRAFÍA	119
LOS AUTORES	139

Preámbulo

*Dios es el juez por excelencia,
porque ignora a la muchedumbre y solo conoce a los individuos*

BINDER

In his how To Do things with words, AUSTIN drew our philosophical attention to the fact that saying sometimes constitutes doing. Promises and verbal vets, for example, are utterances that constitute the performance of an action. The illocutionary force of an utterance is the action constituted by it. "I promise to give you a bag of M&Ms" has the illocutionary force of promising, and a parent saying to her children: "You are no longer allowed to watch Baywatch" constitutes the illocutionary act of prohibiting. Clearly, speech can constitute action"¹.

El propósito de una investigación, como la que se dilucida en el presente texto, debe conllevar a un proceso reflexivo de la sociedad y en particular de los estudiosos en la materia desde las diferentes disciplinas e instituciones, que permita una materialización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) que se ven involucrados en el delito de la pornografía infantil, la explotación sexual de NNA, la trata de personas con fines de explotación sexual, entre otros.

El cuestionamiento frente al abordaje que en la actualidad se hace de estos delitos contra menores de edad a partir de una política criminal en gran medida punitiva y populista, que ignora no solo los matices constitucionales de la discusión al deshumanizar o desproporcionar las sanciones normativas, sino que obvia los factores socioculturales y económicos que conllevan a la aparición de este fenómeno, al no tener en consideración que una norma cuyo contenido es ineficaz en términos de moldear los comportamientos sociales, está destinada al fracaso.

Con lo anterior no se quiere insinuar, ni mucho menos afirmar, que la pornografía infantil sea un fenómeno deseable o que deba ser tolerada, sino que su abordaje a través de la política pública y criminal debe darse de una forma racional, no punitivista, a través de la implementación de pautas normativas que se traduzcan en el cambio, no únicamente de los paradigmas socioculturales predominantes en Colombia, sino en dar atención integral tanto a las víctimas de manera priorizada y sin revictimizar, como tratamiento a los victimarios o agresores sexuales (menores y mayores de edad), encaminada a incrementar la eficacia sistémica en términos de disuasión frente a la comisión de la conducta estudiada.

1 MARY KATE MCGOWAN. "On pornography: MacKinnon, speech acts, and 'false' Construction", *Hypatia: A Journal of Feminist Philosophy*, vol. 20, n.º 3, 2005, pp. 50 a 74.

En este sentido, la finalidad de reflexionar sobre un fenómeno que, si bien resulta problemático, ha sido abordado de forma negligente y apresurada por el legislador en un afán por demostrar resultados que en la práctica se han revelado como poco alentadores al reflejarse, no solo, un incremento en el consumo de material pornográfico infantil, sino al mantenerse de forma más o menos estable el relativo bajo índice de captura frente a la comisión de este delito.

El presente libro resultado de investigación es producto de un ejercicio colaborativo entre varios grupos de investigación en consonancia con los índices de cohesión y de colaboración de Minciencias. Se adscribe al Proyecto de Investigación INV-EES 3174 “Crimen Organizado y Seguridad”, financiado por la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia), para la vigencia 2020; al proyecto “El ciberdelito sexual contra menores de edad en Colombia: hacía la construcción de un nuevo paradigma de política criminal”, convocatoria “Julio César García” para el fomento de la investigación con pertinencia social de la Universidad La Gran Colombia, para la vigencia 2020 – 2021. Grupos de Investigación participantes: “Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Política Pública –RESCYPP–; “Derecho Público” (Universidad Militar Nueva Granada), “Derecho Penal Contemporáneo” (Universidad La Gran Colombia), en colaboración con el Grupo de Investigación “Red de Política Criminal Extrema Ratio” (Categoría A1, Minciencias) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Agradecimiento especial a JUAN CAMILO BEDOYA CHAVARIAGA, Abogado y Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, por los valiosos aportes a la reflexión y debate que suscita este flagelo.

Introducción

Al hacernos entrar en la imagen, al recrear una imagen realista en tres dimensiones (agregando incluso una especie de cuarta dimensión a lo real para volverlo hiperreal), destruye esa ilusión (el equivalente de esta operación en el tiempo es el “tiempo real”, por el cual el anillo del tiempo se cierra sobre sí mismo en la instantaneidad, derogando así toda ilusión, tanto del pasado como del futuro².

La pornografía infantil trasciende los límites socioculturales y jurídicos de lo ordinariamente denominado como tabú. Íntimamente ligada a filias sexuales tal y como lo son la pedofilia y la efebofilia, dibuja una delgada línea entre la “erotividad” de los cuerpos desnudos y la manifestación sexual derivada de manera necesaria de aquello entendido como pornografía, generando tensión entre lo jurídico, la práctica social y los preceptos morales de algunos paradigmas políticos. En este límite entre las manifestaciones de lo cultural y las imposiciones de lo jurídico, vemos que:

En el origen de la cultura está el deseo. Todas las invenciones de la humanidad tienen como meta satisfacer nuestras necesidades y anhelos, sean reales o ficticios. Vivimos, como los demás animales, en un universo físico, pero habitamos en un mundo simbólico, expansivo, explosivo, deflagrante³.

La tensión entre regulación jurídica y práctica social revela en este caso una pulsión sexual problemática en torno al desnudo infantil y el deseo prohibido sobre un sujeto de especial protección constitucional. Ahora bien, en este caso la prohibición jurídica es mucho más problemática porque existen prácticas sociales y culturales históricas en las que se los niños, niñas y adolescentes -NNA- son el centro de atención del deseo que se expresa en algunas culturas. De acuerdo con un informe publicado por UNFPA⁴ en 2019 se afirmó que cerca de 650 millones de mujeres se casaron o entablaron alguna clase de unión antes de los 18 años.

2 JEAN BAUDRILLARD. *El complot del arte, ilusión y desilusión estéticas*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007, p. 16.

3 JOSÉ ANTONIO MARINA. *Las arquitecturas del deseo: una investigación sobre los placeres del espíritu*, Barcelona, Anagrama, 2007, p. 141.

4 FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Estado de la población mundial 2019: un asunto pendiente. La defensa de los derechos y libertades de decidir de todas las personas*, Nueva York, UNFPA, 2019, disponible en [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA_PUB_2019_ES_Estado_de_la_Poblacion_Mundial.pdf].

De acuerdo con datos recolectados por el DNP las adolescentes de 15 a 18 años son las más afectadas por las uniones o matrimonios representando el 13,3%, frente a 0,8% de las niñas. En este grupo, las niñas indígenas entre los 13 y 14 años tienen mayor riesgo de uniones tempranas⁵.

De tal forma, existe una alta probabilidad de que esta regulación devenga en ineficiente en tanto se aparta de las prácticas sociales de índole histórico. Así las cosas *¿cuál es la eficacia y alcance de la prohibición a la pornografía infantil en Colombia?*

La eficacia y alcance de la prohibición a la pornografía infantil en Colombia es mínima, en tanto el sistema punitivo no solo es deficiente en términos de funcionalidad, sino que la misma cultura propia de las relaciones personales y el imaginario común es contradictoria frente a la legislación. La interacción sexual con menores en algunos lugares está normalizada⁶, lo que resta validez a la pretensión de criminalización de dicha práctica de la norma internacional, frente a la comisión de una conducta.

De esta manera es posible plantear una serie de conflictos entre regulación jurídica y práctica cultural que se elevan al rango de problemas jurídicos⁷, a saber: ¿cuál es el fundamento sociojurídico de la penalización de la pornografía infantil?, ¿qué delitos se presentan como conexos con la pornografía infantil?, ¿admite a la pornografía infantil el concurso de conductas punibles o por el contrario se subsumen los delitos conexos en el tipo penal?, ¿existen zonas grises frente a la criminalización de la pornografía infantil?, ¿es útil y eficiente la criminalización del almacenaje de pornografía infantil?, y ¿son eficaces las directrices de política criminal en torno al consumo de pornografía infantil exteriorizadas mediante políticas públicas y carcelarias?

Cabe resaltar que la pretensión de este trabajo investigativo, no es la modificación de la concepción de niñez –típica de determinados modelos productivos–, ni la descriminalización absoluta de la producción y consumo de pornografía infantil, sino aclarar los puntos controversiales en torno a esta prohibición, demostrando en el proceso las inconsistencias normativas, en relación

5 DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Diagnóstico matrimonio infantil y uniones tempranas en Colombia*, Bogotá, DNP, diciembre de 2019, disponible en [<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Social/Documentos/Diagnostico-Matrimonio-Infantil-Uniones-Tempranas.pdf>].

6 A inicios del 2020 se desató un escándalo a nivel nacional por la difusión de un audio en el que el locutor FABIO ZULETA pregunta a su interlocutor, miembro de un grupo indígena Wayuu, acerca de la venta de niñas en su comunidad.

7 Igualmente, es necesario preguntarse con pretensión sociológica y complementaria al análisis ya planteado: ¿cuál es la influencia de la cultura campesina y otras comunidades en el consumo del cuerpo “sexualizado” de los menores? así como ¿cuál es el límite entre pornografía infantil y arte como manifestación de la “erotividad” de los cuerpos desnudos?

norma-norma y sociedad-norma, de algunos escenarios de criminalización, así como la ineficacia de los mismos y de los instrumentos implementados con la “finalidad” de resocializar o “disuadir” a los transgresores de los preceptos normativos. Analizando en el proceso la eficacia de las políticas criminales alrededor a este fenómeno, los criterios para la determinación del ilícito punible (al interior de los cuales se hace necesario dirimir la relación arte-pornografía) y las principales corrientes teóricas para la construcción de la distinción de los individuos en sus prácticas sexuales y la delimitación de las mismas.

Ahora bien, de forma previa cabe resaltar que el fundamento jurídico de la penalización al consumo de pornografía infantil se encuentra en la protección a los derechos fundamentales de NNA, así como en la protección de la dignidad de la persona y la libertad sexual. Derivándose a raíz de la violación de dicha libertad una serie de delitos conexos, tal y como lo son: la trata de personas; la inducción a la prostitución de menores; acceso carnal violento y acto sexual violento, agravados por ser sobre menor de edad; así como los delitos de acto sexual abusivo y acceso carnal abusivo. Estos delitos admiten una imputación a título de concurso –situación que se discutirá más adelante como problemática– con el tipo penal de pornografía infantil, en tanto la estructura típica y de protección a los bienes jurídicos, no da lugar a subsumir los tipos en mención.

De la misma manera, se debe resaltar que al analizar el cuerpo normativo en torno a la pornografía infantil se presentan zonas grises a la prohibición, toda vez que siendo lícito el consentimiento de las relaciones sexuales y el matrimonio en persona mayor de 14 años, carece de sentido la aplicabilidad taxativa del tipo penal en las modalidades de producción y tenencia, pues en una situación derivada de un ámbito de intimidad no es loable la criminalización de la producción de material sexual por parte de los cónyuges, debido a una ausencia de tipicidad e incluso de relevancia para el derecho penal.

La pornografía infantil como delito, no es una simple abstracción moral del legislador⁸ –aunque su tipificación sí está fuertemente influenciada por esta–, en tanto que su tipificación se “fundamenta” en la protección de los derechos del menor. Situación de protección que se da como resultado de una problemática social palpable, aunque permeando en el proceso otras esferas, la cual no se relaciona solo con la producción de este material, sino con las implicaciones sociales conexas a la comisión de las conductas encaminadas a la creación y consumo del mismo.

Es claro que, en el modelo político criminal de la nación colombiana, la lucha contra la pornografía infantil reviste un alto grado de importancia, parti-

8 Para algunos autores –como se verá eventualmente– las fuertes prohibiciones sobre la pornografía infantil y en algunos casos sobre la pornografía en sentido amplio, si bien atacan un problema social, son el resultado de un proceso afanoso de moralización social.

cularmente como expresión de las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en la “Norma Constitucional Integrada”⁹, situación de protección que tiene como núcleo esencial el artículo 44 de la Constitución Política, en particular su inciso final, en el cual se establece que: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Con frecuencia, en el proceso de abordaje teórico se ha dejado de lado el papel de la infancia y de las manifestaciones culturales en la configuración de la conducta. Así pues, se ha pasado de posturas moderadas frente a la regulación jurídica de la pornografía infantil a algunas mucho más radicales, como la censura absoluta sobre los cuerpos desnudos de los menores, la cual tiene sustento en “los postulados para la censura de la pornografía” de ANDREA DWORKIN y los postulados de algunos movimientos conservadores. Como veremos más adelante, para algunos autores, esta clase de censura equivale a un proceso de desapropiación de los cuerpos de los menores por sí mismos, generando a través de este una sensación de vergüenza y por tanto de negación de la propia sexualidad, como factor inherente al ser humano en todas las etapas de la vida y no solo de la edad adulta.

Al respecto, el artículo 218 del Código Penal de Colombia, tipifica el delito de pornografía infantil como:

El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad¹⁰.

De esta tipificación se derivan algunas discusiones teóricas que se abordarán a lo largo del texto, en particular frente al verbo de almacenamiento, el cual ha generado cierto malestar entre los teóricos del derecho penal, no únicamente a nivel nacional, sino internacional. Esto en tanto el mismo se ha considerado como un delito asistemático, atípico e inútil, cuya posible ilegalidad se subsume en la criminalización de la posesión.

Del mismo modo, es notorio el fracaso que ha tenido el incremento en las penas carcelarias en defensa del efecto *deterrence*¹¹ de la ley penal, situación que

9 Entiéndase “bloque de convencionalidad” o “bloque de constitucionalidad”.

10 Es de mencionar que este artículo fue modificado mediante la Ley 1236 de 23 de julio de 2008, *Diario Oficial*, n.º 47.059 de 23 de julio de 2008, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1675873>].

11 Efecto de persuasión de la acción penal; el cual se presenta frente al infractor y terceros que consideren cometer la conducta punible. La existencia y eficacia del mismo, han sido ampliamente discutidas, particularmente desde la perspectiva del *brutalization effect*.

ya era clara en la obra de CESAR BECCARIA y uno de los elementos fundamentales de la misma, así como el *brutalization effect* que ha generado en la comisión de las conductas criminales, análisis sobre el cual volveremos más adelante. La exteriorización absoluta de esta política criminal contra la pornografía infantil encuentra sustento en el mencionado artículo 218 del Código Penal de Colombia, Ley 599 de 2000¹² y en la Ley 679 de 2001¹³ “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”, complementada mediante la Ley 1098 de 2006¹⁴, “Ley para la infancia y la adolescencia” y la Ley 1336 de 2009¹⁵, “por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación y la pornografía y el turismo sexual, con niños, niñas y adolescentes”.

Hasta ahora hemos hablado de la pornografía infantil como un delito y una problemática social, plausible de presentarse en conexidad con la comisión de otros delitos¹⁶ contemplado en el Código Penal como lo son: el acceso carnal abusivo (art. 208), la prostitución de menores (art. 213-A) y el acceso carnal violento agravado por recaer sobre menor de edad (art. 205). No obstante, no hemos abordado la definición de pornografía infantil y mucho menos la definición de la pornografía en abstracto. Presupuesto esencial, esta última, así como su interrelación y límites con el arte, para poder entender la configuración del tipo penal y la racionalidad del mismo.

Si bien, no existe una única definición de pornografía y sus posibles efectos “benignos o malignos” desde el ámbito académico, si la hay en el ámbito lingüístico, así la RAE define la “pornografía” como la:

-
- 12 Ley 599 de 24 de julio 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097 de 24 de julio de 2000, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230>].
 - 13 Ley 679 de 4 de agosto de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.509 de 4 de agosto de 2001, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1665974>].
 - 14 Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006, *Diario Oficial*, n.º 46.446 de 8 de noviembre de 2006, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1673639>].
 - 15 Ley 1336 de 21 de julio de 2009, *Diario Oficial*, n.º 47.417 de 21 de julio de 2009, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677663>].
 - 16 Esto, según la hipótesis propia de configuración del tipo penal, como se verá más adelante no existe una distinción legal, pues en apariencia la capacidad de consentimiento para el mantenimiento de relaciones sexuales y capacidad para contraer matrimonio de todo mayor de 14 años, no es extensible a la producción de material para consumo propio o en el marco de una relación de pareja.

1. f. Presentación abierta y cruda del sexo que busca producir excitación; 2. f. Espectáculo, texto o producto audiovisual que utiliza la *pornografía*; 3. f. Tratado acerca de la prostitución¹⁷.

En contraposición a esta noción gramatical del concepto “pornografía”, existen quienes afirman que la misma, como categoría, está implícita en posiciones, plausiblemente insinuantes y en la erotización de los cuerpos, definiéndose así el concepto en relación al referente generalizado de la palabra “pornografía” y no a su contenido o finalidad; posición compatible con la de aquellos individuos para los cuales toda forma de desnudo o exposición de determinadas zonas erógenas constituye una manifestación pornográfica.

En este sentido, entenderemos como el objeto de “externalización material” de la pornografía que: los actos sexuales entendidos como el rozamiento de los genitales de una persona con cualquier parte del cuerpo del otro o la mera exposición de los genitales con finalidades sexuales y de acceso carnal, es decir, la penetración de cualquier parte del cuerpo de una persona en el ano, vagina o boca del otro, son los actos que se eternizan en la pornografía.

En consecuencia a este objeto de externalización, es pertinente definir la pornografía, en términos académicos y a modo de una primera definición, desde la perspectiva de MICHELA MARZANO, para quien la pornografía como categoría no es más que la representación de la sexualidad objetivizada, dado que si bien en la sexualidad “el cuerpo del otro nunca es reductible al objeto parcial de una satisfacción pulsional”, en la pornografía “el cuerpo se fragmenta en pedazos; se ve reducido a un conglomerado de fragmentos que ya no es posible recuperar en una unidad”¹⁸.

De la misma forma, se ha catalogado como pornografía infantil, elementos explícitos de desnudez en la fotografía o la pintura, se ha llegado en algunos casos a considerar la literatura erótica como pornográfica, así como el ámbito musical que no ha estado exento de comentarios malintencionados, frente a los videos musicales de artistas como SIA o AVICII. La primera de estos con el video de su canción *Elastic heart* (2013)¹⁹ y el segundo con su video *For a better day*

17 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Pornografía”, disponible en [<https://dle.rae.es/pornograf%C3%ADa>].

18 MICHELA MARZANO. *La pornografía o el agotamiento del deseo*, Buenos Aires, Manantial, 2006, p. 50; Hablamos de primera, pues más adelante volveremos parcialmente sobre este debate. No obstante, creemos, a riesgo de ser subjetivos, que la definición dada por MARZANO es en el fondo la menos cargada de corrientes ideológicas o políticas, como tendrá oportunidad de juzgarlo el lector.

19 En el video es posible ver a MADDIE ZIEGLER de 12 años –bailarina recurrente de sus videos– ejecutando una coreografía con SHIA LABEOUF de 28 años (al momento de la filmación), en un traje de color piel, existiendo algunos contactos físicos a lo largo del video. Siendo ampliamente criticado como una apología a la pedofilia. SIA

(2015), en el cual se realiza una crítica hacia la esclavitud, el maltrato infantil y la pedofilia.

En esta misma línea, debe mencionarse que algunas manifestaciones socio-culturales y artísticas, se encuentran en el límite entre lo socialmente permitido y lo tabú, siendo en algunos casos toleradas por el culto que se ha erigido a su alrededor, bien sea intelectual, bien sea popular. Enmarcándose en esta categoría el texto *Lolita* de VLADIMIR NABOKOV, el filme *American beauty* o los *ero-games*, los cuales permiten la exhibición de genitales infantiles –pese a la fuerte censura de la pornografía adulta existente en Japón–, puesto que estos corresponden a órganos reproductivos de personas que no han alcanzado la madurez sexual²⁰.

No obstante la censura pública a algunas representaciones que transgreden el estatus social, las representaciones sexuales de relaciones infantiles han conseguido prosperar, demostrando en el proceso la ineficacia de las medidas más extremas para evitar su difusión, así por ejemplo, es necesario mencionar la criminalización que algunos países han dado a la producción digitalizada de imágenes explícitas de menores en actividades de connotación claramente sexual, en las cuales no existe un objeto de afectación real de los bienes jurídicos²¹. Esto conlleva a pensar que la existencia de algunos delitos conexos con la pornografía infantil, derivan de un proceso de tipificación bajo figuras propias del derecho penal autor –figura proscrita en teoría de los sistemas occidentales–, como resultado de la adopción de criterios de “peligrosismo” por parte de la sociedad civil de las naciones occidentalizadas.

Por último, debe tenerse en cuenta que la ineficacia misma de la criminalización de la conducta tiene fundamentos al interior del desmoronado y desbordado sistema judicial, la imbricación de la criminalidad en los órganos de ejecución, juzgamiento y control; así como en las profundas raíces socioculturales de las relaciones con menores y los factores económicos por los que estas se han normalizado.

respondió a las críticas mediante su cuenta de twitter el día 7 junio de 2015 a las 10:08 p.m., pidiendo disculpas si alguien se había sentido ofendido por el video, argumentando a su vez que su intención no era la de incomodar a nadie, sino la de crear un contenido emocional.

20 EUGENIA LÓPEZ MUÑOZ. “Sexismo, violencia y juegos electrónicos”, en ÁNGELES DE LA CONCHA MUÑOZ (coord.). *El sustrato cultural de la violencia de género: literatura, arte, cine y videojuegos*, Madrid, Síntesis, 2010.

21 Ver la discusión ampliada de TIRADO, OLIVEROS y LAVERDE en el libro *Robótica y sexualidad*. En este texto los autores plantean a propósito de los límites difusos del desarrollo de la sexualidad y la robótica, por ejemplo, que propone la necesidad de repensar los límites del placer y la sexualidad; MISAEL TIRADO ACERO, CÉSAR OLIVEROS AYA y CARLOS ALFONSO LAVERDE RODRÍGUEZ. *Robótica y sexualidad*, Bogotá, ILAE, 2021, disponible en [<https://www.ilae.edu.co/libros/712>].

CAPÍTULO PRIMERO

La industria pornográfica

¿No es tremendo que ese cómico, no más que en ficción pura, en sueño de pasión, pueda subyugar así su alma a su propio antojo, hasta el punto de que por la acción de ella palidezca su rostro, salten lágrimas de sus ojos, altere la angustia su semblante, se le corte la voz, y su naturaleza entera se adapte en su exterior a su pensamiento? ¡Y todo para nada! ¡Por Hécuba! ¿Y qué es Hécuba para él o él para Hécuba, que así tenga que llorar sus infortunios?

WILLIAM SHAKESPEARE. *Hamlet*, Acto 2, Escena II.

*El sexo es más excitante en la pantalla y entre las páginas,
que entre las sábanas*

ANDY WARHOL

El sexo como elemento *sine qua non* de la sociedad y su existencia, ha sido determinante a lo largo de la historia de las formas de control y configuración de las jerarquías sociales, permeando a tal punto

la constitución de los sistemas sociales, que se ha limitado o no su práctica, de acuerdo a los valores socioculturales de las mayorías políticamente dominantes. Esta imbricación histórica a nivel social se ha manifestado con frecuencia a través de las máscaras del arte, para evitar la censura de la obra que persigue no solo la excitación de los sentidos, sino también del cuerpo, a través de procesos eróticos y de escenarios del morbo impulsados por elementos parafilicos sin que se encuentre presente la penetración o el explícito desnudo.

El retrato erotizado del cuerpo con fines de excitación –particularmente la pintura y la literatura, el cine no formaría parte hasta mucho después– no es una tendencia propia de la modernidad, sino más bien de períodos anteriores, siendo posible rastrear sus orígenes hasta el Paleolítico²². Estas representaciones tempranas son evidentes en algunos de los frescos en Pompeya e incluso en las primeras formas esculturales de la sociedad²³, mediante las cuales se evocaba la admiración humana por los genitales, así como una erotización del cuerpo mediante el diseño de proporciones exageradas de las zonas erógenas del mismo, en particular de las glándulas mamarias, el falo y las nalgas²⁴⁻²⁵; es posible resaltar entre estas figuras las de las denominadas venus paleolíticas, figurines de diversos materiales, entre las cuales cabe resaltar la famosa Venus de Willendorf (Austria), rescatada en 1908 a orillas del Danubio²⁶ y ha sido utilizada de forma amplia en la creación de “mitos populares” y narrativas propias de la ciencia ficción²⁷.

Por su parte, en la India y de forma ampliamente ligada a las creencias religiosas del hinduismo, el budismo y el jainismo, se retrataban escenas sexuales tanto en la pintura como en la literatura, en consi-

22 RICHARD RUDGLEY. *Secrets of the Stone Age: a prehistoric journey*, Londres, Century, 2000.

23 BEERTE C. VERSTRAETE y VERNON L. PROVENCAL. *Same-sex desire and love in Greco-Roman antiquity and the classical tradition of the West*, Reino Unido, Psychology Press, 2005.

24 RUDGLEY. *Secrets of the Stone Age: a prehistoric journey*, cit.

25 JOAN M. GERO y MARGARET W. CONKEY. *Engendering archaeology: women and prehistory*, Nueva York, Willey-Blackwell, 1991.

26 MICHEL BREZILLON. *Dictionnaire de la prehistoire*, Berlín, Larousse, 1969.

27 Al respecto véase la hexalogía *Los hijos de la tierra* de la novelista JEAN MARIE AUEL, la novela *Devoradores de cadáveres* de MICHAEL CRICHTON y la película *Las brujas de Zugarramurdi* dirigida por ÁLEX DE LA IGLESIA, en donde juega el papel de representación de la divinidad feminidad.

deración a la visión tántrica de la filosofía²⁸. Siendo quizás el ejemplo más conocido de estas representaciones de la sexualidad heteronormativizada en la India durante este periodo, el *Kamasutra*, obra atribuida a VATSYAYANA, en la cual se explicitaban las practicas consideradas saludables, no solo física, sino espiritualmente para una pareja heterosexual unida en matrimonio²⁹.

Estas representaciones de la sexualidad y el desnudo, eran una conducta perfectamente aceptable; en este sentido, cabe resaltar los relieves de la ciudad Khajuraho en la cual se aprecia la interacción sexual entre deidades e individuos³⁰, estas representaciones, así como aquellas al interior de poemas épicos como el *Ramayana* y el *Mahabharata*, exaltaba la eroticidad y la sexualidad, influenciando ampliamente en las concepciones normativas y de normalidad de lo sexual, en tiempos posteriores, en las sociedades del Lejano Oriente. Situación bastante similar se presentaba en la antigua Grecia y el Imperio romano, donde era común la representación del desnudo, como forma erotizada el cuerpo y en algunos casos con una intención ampliamente “pornográfica”³¹⁻³².

En lo tocante al periodo subsiguiente a la cristianización del Imperio romano, la cual se daría aproximadamente hacia el siglo IV³³, así

-
- 28 JOHANN JAKOB MEYER. *Sexual life in ancient India: a study in the comparative history of Indian culture*, Nueva Delhi, Motilal Banarsidass Publishing House, 1971.
- 29 SUZIE HEUMANN. *Kama Sutra total*, Barcelona, Robinbook, 2007.
- 30 TANISHA DUTTA y VINAYAK S. ADANE. “Symbolism in Hindu temple architecture and fractal geometry: thought behind form”, *International Journal of Science and Research*, vol. 3, n.º 12, 2014, disponible en [<https://www.ijsr.net/archive/v3i12/U1VCMTQzMjI=.pdf>], p. 490
- 31 KENNETH JAMES DOVER. *Greek homosexuality*, Oxford, Harvard University Press, 1989; MAGGIE PALEY. *The book of the penis*, Nueva York, Grove Press, 2000.
- 32 De acuerdo con MOLINA, BARBICH y FONTELA, la definición gramatical de pornografía proviene precisamente de la cultura griega, mediante las palabras *pornae* (ramera) y *grafein* (escritura). Haciendo referencia la misma a “la descripción o exhibición explícita de órganos o actividades sexuales concebida para estimular sentimientos no tanto estéticos o emotivos como eróticos”; MARÍA LOURDES MOLINA, ALEJANDRA BARBICH y MARTA FONTELA. *Explotación sexual: evaluación y tratamiento*, Buenos Aires, Librería de Mujeres Editoras, 2010.
- 33 THOMAS MADDEN. *From Jesus to Christianity: a history of the early church*, San Luis, Recorded Books, 2005.

como con la moralización de la sociedad occidental a través de esta transformación en el ámbito cultural mediante la imbricación de la religión en los procesos regulatorios de las sociedades. Como resultado de lo cual se clasificó a la pornografía como una forma de lujuria, comprendiendo la misma como manifestación de un pecado mortal y por tanto una conducta “criminal” y contra natura, las cuales eran corregidas mediante tortura y en múltiples ocasiones, con la muerte³⁴. Tendencia prohibicionista que se manifestó en el arte mediante la orientación teocentrista, debido a la incompatibilidad del desnudo y la sexualidad con la representación de las formas religiosas. No siendo sino hasta 1353, en el campo literario, que se rompió con esta tendencia para dar paso mediante *El Decamerón* de GIOVANNI BOCACCIO a la narrativa erótica, la cual se repetiría con la obra de *Facetia* de GIAN FRANCESCO POGGIO BRACCIOLINI e *Historia de duobus amantibus* de Pío II.

Lo que sería la primera revolución de la “industria pornográfica”, es decir aquella que abriría las puertas a la masificación del material sexo-pornográfico, estaría marcada por la creación de la imprenta de GUTENBERG en el siglo XV, permitiendo la producción a gran escala con los subsiguientes avances de grabados y literatura. Muchos de los cuales serían destruidos y sus autores juzgados como “inmorales” y procesados por la creación de los mismos³⁵⁻³⁶. De igual forma, y en lo que se refiere al arte plástico, el claro influjo del humanismo en los periodos posteriores a la Edad Media, derivaría en que autores como HANS BALDUNG y MICHELANGELO BUONARROTI, pintaran múltiples desnudos de características homoeróticas, incluso al interior de edificios de corte religioso, generando en este momento una ruptura entre el puritanismo religioso y la admiración estética propia del Renacimiento³⁷.

34 WILLIAM G. NAPHY. *Sex crimes: from Renaissance to enlightenment*, Reino Unido, Tempus, 2004.

35 Idém.

36 Entre las obras más importantes de este periodo, es posible mencionar los trabajos de PIETRO ARETINO. *Sonetti Iussuriosi* (1527) y *Ragionamenti* (1536); *Heptameron* de MARGUERITE DE NAVARRE (reina y consorte de ENRIQUE II de Albret), siendo esta última una colección de 72 novelas breves en francés, publicadas en 1558 de forma póstuma y siendo el objeto central de su narrativa, las historias contadas por un grupo de nobles a lo largo de siete días de “vacaciones”, las cuales van desde el romance, a la infidelidad y la lascividad (*Miró i Vinaixa*, 1998).

37 NAPHY. *Sex crimes: from Renaissance to enlightenment*, cit.

Con posterioridad serían las obras literarias del Marqués DE SADE, las que marcarían la pauta en tanto ruptura de la normalidad sexual, la excitación y la percepción de múltiples aspectos sexuales. De esta manera, obras como las *120 Journées de Sodome* (1785)³⁸ o *Filosofía en el tocador* (1795), presentan no solo escenarios sexuales comunes en la cotidianidad, sino que aborda de forma amplia conductas consideradas como crímenes sexuales (pedofilia, sadismo, mutilación, violación, etc.), así como temas o bien considerados tabú o bien considerados como inaceptables a nivel social, tal y como lo era la homosexualidad, el bondage, urolagnia y coprofagia³⁹.

No sería sino hasta el siglo XIX que la pornografía como la conocemos en la actualidad empezaría a tomar forma con la utilización de la fotografía con fines eróticos⁴⁰, permitiendo una masificación de la producción y derivando en la aparición de normas regulatorias desde los postulados religiosos tradicionales, promoviendo la prudencia, la moral cristiana y la obscenidad⁴¹. Dichas prohibiciones generaron

-
- 38 Los 120 días de Sodoma, más allá de la representación libertina de la sexualidad y el comportamiento humano típica de SADE, es una exposición detallada de los excesos a los que conlleva el abuso de poder, en medio de descripciones conductuales de naturaleza desviada y una extremada crudeza.
- 39 En el periodo que se correspondería con la Revolución francesa, la vida privada de una aristocracia en su sexualidad, sale a flote, no solo con la reina MARÍA ANTONIETA “la tigresa austriaca” que para las cortes, era por antonomasia lo mas bajo que una mujer haya podido caer en la esfera de lo público, un animal salvaje, una prostituta, una mostruosa perversión de la sexualidad femenina, un insulto a la nación (LYNN HUNT. “La vida privada durante la Revolución francesa”, en PHILIPPE ARIES y GEORGES DUBY. *De la Revolución francesa a la Primera Guerra Mundial. Historia de la vida privada* – 4, Barcelona, Edit. Titivillus, 1998), por tanto la denuncia no solo del MARQUÉS DE SADE, sino del cuestionamiento a la aristocracia y al clero, los cuales eran representados con frecuencia en panfletos eróticos como prostitutas o en situaciones comprometedoras a nivel sexual, como una forma de oposición al régimen.
- 40 Con la aparición de métodos como el *half tone printing* y la reducción drástica de los costos de impresión debido a los mismos, la fotografía se popularizó y dio lugar a la aparición de locales especializados, en los cuales los principales consumidores de pornografía eran las clases altas de la sociedad; ALAN MCKEE, KATH ALBURY y CATHARINE LUMBY. *The porn report*, Melbourne, Melbourne University Press, 2008.
- 41 MARIAN RENGEL. *Encyclopedia of birth control*, Phoenix, Oryx Press, 2000; S. BAILEY. *Victorian values: an introduction*, Montreal, Dawson College, 2008; MCKEE, ALBURY y LUMBY. *The porn report*, cit.

procesos de contrabando para clases selectas, tal como sucedería en los escenarios de prohibición del alcohol en Estados Unidos de los años 1920. Ahora bien y pese a esta moralidad socialmente arraigada, surgen en las sociedades occidentales lugares de reunión como burdeles y casas de entretenimiento, las cuales no solo reunirían en gran parte a la población marginada de la sociedad, sino que impulsarían de forma amplia la economía europea durante este periodo⁴². Del mismo modo, se popularizaría el desnudo como elemento esencial artístico de gran valor con la aparición del “impresionismo”, lo que proporcionó la distribución de material pornográfico como si fuese arte, permitiendo la normalización de su consumo y distribución⁴³.

No obstante, se mantuvo un escenario de ilegalidad en torno a la pornografía más “dura” como eran las felaciones o penetraciones; este “halo” de ilegalidad y clandestinidad se presentaba de forma particular con la pornografía homosexual masculina, en la cual se tendía a la representación del ideal de la “belleza greco-romana” como representación del imaginario de la estética gay⁴⁴. Ahora bien, a finales del siglo XIX y con la aparición de la tecnología de video del cinematógrafo, aparecieron las primeras películas pornográficas, denominadas en su momento -y mientras fueron consideradas como ilegales- *stag films*, siendo la primera de esas *Le Coucher de la Mariée* (1896), en la cual una actriz de cabaret realiza un *streaptease* y sostiene relaciones con un hombre, apareciendo con estas el carácter voyerista de la pornografía⁴⁵.

Ahora, la masificación y popularización definitiva de la pornografía, es el resultado, de acuerdo a HUGHES -como se cita en JEFFREYS-⁴⁶, de un amplio proceso de industrialización al interior de los Estados Unidos, así como de cabildeo por parte de la industria que alcanzó su máxima expresión durante la administración CLINTON -un liberti-

42 JUDITH WALKOWITZ. *Prostitution and Victorian society: women, class, and the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

43 ALLISON SMITH. *The Victorian nude: sexuality, morality, and art*, Manchester, Manchester University Press, 1996.

44 JEFFREY ESCOFFIER. *Bigger than life: the history of gay porn cinema from beefcake to hardcore*, Filadelfia, Runing Press, 2009.

45 RICHARD ABEL (ed.). *Encyclopedia of early cinema*, Londres, Routledge, 2004.

46 DONNA HUGHES cit. en SHEILA JEFFREYS. *La industria de la vagina: la economía política de la comercialización global del sexo*, México D. F., Paidós, 2011.

no consumado, que poseía una amplia colección de pornografía en el avión presidencial según los medios-. Así, de acuerdo con JEFFREYS⁴⁷, durante este periodo se implementó una política de libertad absoluta y desregulación del mercado virtual, lo cual generó escenarios de desprotección gubernamental a nivel virtual, particularmente de niños, bajo el discurso de que los padres debían protegerlos de las potenciales amenazas, este discurso condujo eventualmente a que la persuasión de conductas bajo la ley de obscenidad cayera de 32 en 1993 a seis en 1997.

La autora en cuestión, afirma que esta gran expansión de la industria vino dada por el clima de *laissez faire* que se vivió en Estados Unidos durante las décadas de 1980 y 1990, en medio de la cual se privilegió el derecho masculino a la libertad de expresión, sobre los derechos femeninos a la integridad física, siendo esta expansión facilitada por las nuevas tecnologías de video e internet. En este sentido, se debe resaltar la función de la videgrabadora, la que permitió a los individuos disfrutar del porno desde la privacidad de sus casas sin tener que asistir a sitios públicos como cines o espectáculos⁴⁸.

Lo anterior generó toda una revolución en torno a los video clubs y los *blockbusters*, para terminar cediendo terreno frente a la masificación de la oferta y anonimato ofrecidos por internet. Igualmente, el surgimiento de filmes en gran medida arraigados en la cultura pop moderna de la sexualidad como *Garganta profunda* (1972) y su aceptación por celebridades como FRANK SINATRA⁴⁹, quien organizaría una proyección de la misma en casa del entonces vicepresidente de los Estados Unidos SPIRO AGNEW⁵⁰, pese a su contenido violento y misógino⁵¹. Por último, cabe mencionar que el surgimiento de las videocámaras y la expansión de internet permitió el nacimiento de un mercado mucho mayor, sin intermediarios y en el cual las personas podían poner a la “venta” su sexo y el de su pareja en cuestión de minutos.

47 Ibid., pp. 91 y 92.

48 Esta realidad fue igualmente posible gracias a la anulación y pérdida de ejecutoriedad de las leyes que perseguían la pornografía durante los años 1960, como resultado de las luchas enmarcadas en el movimiento por la revolución sexual.

49 Nueva Jersey, 12 de diciembre de 1915 - Los Ángeles, 14 de mayo de 1998.

50 Baltimore, 9 de noviembre de 1918 - Berlin, Maryland, 17 de septiembre de 1996.

51 JEFFREYS. *La industria de la vagina: la economía política de la comercialización global del sexo*, cit.

En este sentido, es necesario mencionar que el siglo xx estuvo marcado por procesos de contracultura y revolución sexual, así por ejemplo, durante el periodo conocido como la era pre-Code (1900-1929), se presentaron escenarios de popularización de la producción pornográfica cinematográfica, la cual se reproducía en cines ambulantes de pequeña envergadura⁵², recibiendo el nombre en cuestión esta era, por ser el momento temporal anterior al Código Hays. Este periodo previo a la codificación y contemporáneo a la crisis económica de 1929, permitió el desarrollo del cine pornográfico de forma medianamente amplia, a la par con el nacimiento de la cultura sexualizada de la mujer *flapper*⁵³, el cabaré norteamericano y la implementación de la sexualidad en la publicidad comercial de productos de consumo principalmente masculino, como son el tabaco y el alcohol⁵⁴.

El consumo de este material obedece a la excitación que genera en el individuo, particularmente en un escenario de diversificación de la oferta, generando espacios similares para el consumidor a los que tendría un niño en una tienda de caramelos. Ahora, este proceso de “excitación” que influye en la selección, fue descrito como parte del “ciclo de la respuesta sexual”, al interior del cual –en concordancia con MASTERS y JOHNSON⁵⁵–, la excitación constituye la primera fase, seguida por una fase de “meseta” o intensificación de la excitación, la tercera, “el orgasmo” y la cuarta, la “resolución” o satisfacción del deseo. Etapas que se corresponden con diversas respuestas fisiológicas en ambos sexos. Como hemos visto y contrario a lo que podría pensar la sociedad mayoritaria, la historia misma de la pornografía⁵⁶ se encarga de:

52 LUKE FORD. *A history of X : 100 years of sex in film*, Nueva York, Prometheus Books, 1999.

53 El movimiento *flapper*, es susceptible de ser catalogado como un movimiento contracultural, en el cual las mujeres adoptaban comportamientos propios de la masculinidad, dejaban de lado el corset y usaban faldas cortas. Con regularidad consumían alcohol y fumaban, llevaban el cabello con un corte especial (*bob cut*), disfrutaban el jazz y usaban un “argot” especial, el cual reflejaba tanto promiscuidad, como los hábitos propios.

54 ANDREW L. EDMAN. *Blue vaudeville: sex, morals and the mass marketing of amusement, 1895-1915*, Londres, McFarland, 2004.

55 WILLIAM H. MASTERS y VIRGINIA E. JOHNSON. *Human sexual response*, Boston, Little Brown & Co., 1966.

56 MCGOWAN. “On pornography: MacKinnon, speech acts, and ‘false’ Construction”, cit.

Refutar la noción de que hoy vivimos en un mundo de expresión sexual como no la había hace tres siglos, por mencionar una fecha. En cualquier hostería del siglo xvi un niño oía canciones licenciosas y veía tocar una y otra vez senos y nalgas de mujeres. Pero en la alarma por el mundo del saber sexual no filtrado y desenfrenado hay una razón peculiar de las últimas décadas: la de que, en nuestro tiempo, imágenes y palabras han alcanzado una influencia cultural sin precedentes. El mercado de Estados Unidos produce pocos artefactos; se especializa más bien en ideas digitalizadas y los medios para difundirlas. Conforme su economía se desplaza del Steel Belt al Silicon Valley, la frontera entre lo simbólico y lo real tiende a desaparecer. Una representación ya no es solo una reproducción facsimilar de una cosa: es la cosa misma⁵⁷.

Lo anterior, obedece a los postulados de MICHEL FOUCAULT, en tanto que plantea que:

El sexo no se controla socialmente mediante el silencio, sino a través del habla interminable, el “despliegue” de más y más “discursos” de regulación social: psicología, medicina, pedagogía [...] Cuando la revolución sexual se cruzó con el auge tecnológico de los medios de información, el sexo se multiplicó en estos. Pronto empezaron a recogerse estadísticas que lo probaban: 6-6 incidentes sexuales por hora en telenovelas de gran audiencia (contra la mitad diez años antes); catorce mil referencias y alusiones sexuales al año en televisión, contra casi ninguna entre 1952 y 1966⁵⁸.

Esta masificación de la industria del “sexo” a la carta y el placer al alcance de la mano, mediante estrategias de “mercadeo” y masificación –a través de los *mass media*–, ha conducido a procesos de mezcla y difuminación de las fronteras entre el erotismo característico de la obra artística y la pornografía, confundiéndose en el proceso, en tanto “los dos, incitados por los *mass media*: programas de TV, el cine y la lite-

57 JUDITH LEVINE. *No apto para menores*, México D. F., Océano, 2006, p. 45.

58 MICHEL FOUCAULT. *La historia de la sexualidad: la voluntad del saber*, ULISES GUÑAZÚ (trad.), México D. F., Siglo XXI, 2006, pp. 43 y 44.

ratura fácil, etc., distorsionan los principios éticos naturales, para convertir la sexualidad y el erotismo en productos de supermercado...”⁵⁹.

Para MARINA, en el desarrollo de un modelo de aproximación a las dinámicas del deseo, el deseo por antonomasia, el arquetipo del deseo, es el sexual: “La gente parece obsesionada por el sexo. Se busca, se contempla, se instrumentaliza, se vende, ha dado lugar a una gigantesca industria”, la misma que en combinación con los medios de comunicación masiva, han hecho del orgasmo una gran metáfora:

El deseo sexual surge del organismo humano –de la naturaleza primera–, para sufrir enseguida una desvinculación general. Se convierte en un deseo proteico, se hibrida con los demás deseos, sus desencadenantes se intercambian, el sujeto revierte sobre sus placeres, los refina, ideologiza, transmuta, comercializa, en un proceso de expansión de fin incierto⁶⁰.

Generándose en el proceso la persecución de obras que de forma legítima pretenden la apropiación de los cuerpos, más que generar procesos de excitación en quien las observa, mediante poses o maniobras obscenas. Obscenidad que:

Designa una manifestación que se desarrolla en el plano social, y abarca el terreno del lenguaje, del gesto, de la expresión. En el lenguaje comprende los términos considerados tabúes, que son los de la esfera sexual. Se pretende que lesiona u ofende una vaga muralla de pulcritud social que suele denominarse decoro. Representa siempre un acto de agresión y su consecuencia es el estupor, el shock, la indignación del agredido⁶¹.

Como resultado de esta confusión entre los preceptos pornográficos y la noción de erotismo a través de procesos de obscenización de las conductas, se han generado espacios para la persecución de obras de

59 DAVID HERBERT LAWRENCE. *Pornografía y obscenidad*, IAIR KON (trad.), Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2017, p. 6.

60 MARINA. *Las arquitecturas del deseo: una investigación sobre los placeres del espíritu*, cit., p. 141.

61 LAWRENCE. *Pornografía y obscenidad*, cit., pp. 13 y 14.

diversa índole con finalidades prohibicionistas en tanto se considera que las mismas, al ostentar un carácter pornográfico son vulnerarias de la moralidad pública o de la “integridad femenina”, tal y como es el caso de las ordenanzas estatales de Indianápolis y Minneapolis, las cuales fueron impulsadas por A. DWORKIN y C. MACKINNON –sobre cuya importancia y teorías volveremos más adelante–, en alianza con los sectores conservadores de la sociedad norteamericana, en las cuales se definía la pornografía como: “La representación gráfica de la subordinación de la mujer, sin importar que sea en fotografías o palabras”⁶².

De acuerdo con HILL⁶³ y SHIPP⁶⁴, las mencionadas ordenanzas, establecían seis condiciones, de las cuales, cuando menos una, debería estar presente para que pueda tenerse como pornográfico un trabajo. Resaltando de entre las mencionadas condiciones: 1. La presentación de la mujer como un objeto sexual que disfruta del dolor y la humillación; 2. Presentar la imagen de mujeres disfrutando de un acto de violación y; 3 Presentar a las mujeres como objetos de dominación, conquista, violación, explotación, obsesión o uso.

62 Dicha concepción excluye de la categorización pornográfica y el concepto de lesividad que rodea a la misma, no solo al género masculino, sino también a la infancia misma. Generando en el proceso imposiciones de cambios en la identidad sexual y de género, en tanto para esta posición semi-radical del feminismo, los “actores” o víctimas de este género siempre asumen un papel femenino en la realización del acto sexual; ignorándose igualmente la posibilidad de la interacción de identidades netamente masculinas en el porno gay o de identidades netamente femeninas en el acto sexual, como es el caso del porno lésbico. Estableciéndose para ellas siempre un juego de roles, en el cual el rol masculino representa la dominación y el rol femenino representa a la parte dominada.

63 JUDITH M. HILL. “Pornography and degradation”, *Hypatia*, vol. 2, n.º 2, 1987, pp. 39 a 54.

64 ETHELEEN RENEE SHIPP. “Federal judge hears arguments on validity of Indianapolis pornography”, *The New York Times*, 31 de julio de 1984, disponible en [<https://www.nytimes.com/1984/07/31/us/federal-judge-hears-arguments-on-validity-of-indianapolis-pornography-measure.html>].

I. ENTRE LA OPRESIÓN Y LA APROPIACIÓN DE LOS CUERPOS

Estoy solo aquí, aquí estoy en el confin del mundo, sustraído a todas las miradas y sin que pueda llegar a serle posible a ninguna criatura llegar hasta mí; ya no hay frenos, no hay barreras. Desde ese momento, los deseos se lanzan con una impetuosidad que ya no conoce límites y la impunidad que los favorece acrecienta deliciosamente toda su embriaguez. No hay más que Dios y la conciencia: ahora bien ¿de qué fuerza puede ser el primer freno a los ojos de un ateo de corazón y pensamiento? ¿Y qué imperio puede tener la conciencia sobre quien está acostumbrado a vencer a sus remordimientos que para él llegan a ser casi goces?⁶⁵.

Un cuerpo desnudo, exhibido, puede ser visto con indiferencia. Del mismo modo, es fácil mirar el cielo por encima de uno mismo como un vacío. Un cuerpo exhibido, empero, posee a mis ojos el mismo poder que en el juego sexual y puedo abrir en la extensión clara o sombría del cielo la herida a la que me adhiero como a la desnudez femenina. El éxtasis cerebral experimentado por un hombre que abraza a una mujer tiene por objeto la frescura de la desnudez; en el espacio vacío, en la profundidad abierta del universo, la extrañeza de mi meditación alcanza igualmente un objeto que me libera⁶⁶.

La industria del cine y video pornográfico, propia del siglo xx y sus procesos tecnológicos, se ha encontrado desde sus orígenes sometida al escrutinio y control de las ficciones jurídicas, que en aplicación de criterios morales ha perseguido su regulación o censura, no siendo sino hasta mediados de la década de 1960, en los Estados Unidos, que los consumidores pudieron acceder de forma más o menos pacífica y sin consecuencias a este tipo de material con fines de excitación, como consecuencia de la serie de luchas que en el campo de lo jurídico ha-

65 DONATIEN ALPHONSE FRANÇOIS SADE. *Obras completas*, Buenos Aires, Corregidor, 1965.

66 GEORGES BATAILLE. *El culpable*, Madrid, Taurus, 1974.

bían llevado a cabo las élites intelectuales norteamericanas en defensa de las obras eróticas literarias de D. H. LAWRENCE y HENRY MILLER⁶⁷.

Es precisamente en este contexto que se presenta un debate paralelo a la censura de las formas explícitas de pornografía en la censura al arte, en el marco de una contraposición de los conceptos de amor y pornografía, que se presentan como dos caras de una moneda y como criterio para la distinción de lo moralmente aceptable y lo no; surgiendo dentro del feminismo estadounidense un ala de oposición a esta práctica sociocultural al considerarla como una forma de violencia contra la mujer y de dominación hetero patriarcal sobre el cuerpo de las mismas⁶⁸. Convergiendo en este contexto durante la década de 1970 los intereses de las actoras feministas con los de la derecha más religiosa en torno a la prohibición y persecución del fenómeno pornográfico, que resaltaba las consecuencias negativas de la sexualidad y sus potenciales riesgos, así como la supuesta incidencia de las representaciones del sexo en la cosificación del cuerpo femenino, su carácter intrínsecamente obsceno⁶⁹ y su incidencia en el incremento de la violencia sexual⁷⁰.

67 LAWRENCE A. STANLEY. "Art and perversion: censoring images of nude children", *Art Journal*, vol. 50, n.º 4, 1991, pp. 20 a 27.

68 "Una fracción importante que se manifiesta en contra de la pornografía, a la que define como violencia contra las mujeres en sí misma. ANDREA DWORKIN, CATHARINE MACKINNON, KATHLEEN BARRY, SUSAN BROWN-MILLER y ROBIN MORGAN, apoyadas en ideas de CAROLE PATEMAN, destacan entre las principales antipornógrafas estadounidenses. A la par, y como respuesta a la campaña abolicionista de dichas antipornógrafas (aliadas con la extrema derecha), otro grueso sector feminista se unirá con organizaciones a favor de las libertades civiles para señalar los riesgos de las posturas antipornografía, desvirtuando la pretendida conexión entre pornografía y violencia contra las mujeres. Entre las principales exponentes de la postura pro-sex se destaca GAYLE RUBIN; NANCY PRADA. "Todas las caperucitas rojas se vuelven lobos en la práctica pospornográfica", *Cuadernos Pagu*, n.º 38, 2012, disponible en [<https://www.scielo.br/j/cpa/a/6DBGyCqbZZnC-7dZBQvYgQGp/abstract/?lang=es>], pp. 132 y 133.

69 Al respecto debe mencionarse, tal y como lo hace WALTER CHAPPELL: "[It] is not obscene. It's not pornographic. [Censorship of it is] discrimination [against] the male nude. If this was a picture of a nude woman and child, there would be no trouble with it. People don't see men as capable of having tender emotions. Most people are frightened by male sexuality"

70 STANLEY. "Art and perversion: censoring images of nude children", cit.

En el marco de esta convergencia, CATHARINE MACKINNON y ANDREA DWORKIN ofrecen durante la década de 1980 a partir de la famosa ordenanza de Indianápolis una definición del concepto de pornografía, que pasa a ser entonces accionable, pero no prohibible. En este documento se explicitó que por pornografía debía entenderse toda subordinación gráfica explícita de la mujer, bien sea en palabras o imágenes, siempre y cuando se infiera de estos:

1. La presentación de la mujer como objeto sexual que disfruta del dolor o la humillación.
2. La presentación de la mujer como objeto que disfruta de ser abusado.
3. La mujer sea presentada amarrada, cortada, mutilada o lastimada físicamente o presentada como simple partes de un cuerpo fragmentado.
4. La presentación de penetraciones por parte de objetos o animales a la mujer.
5. Se represente a la mujer en escenarios de degradación, daño, tortura, suciedad o inferioridad, sangrando o lastimadas en un contexto donde se pueda inferir condiciones sexuales.
6. Se presente a las mujeres como objetos para la dominación, conquista, violación, explotación, posesión, uso o bajo posturas o posiciones serviles o de sumisión⁷¹.

Ahora bien, dicha persecución al fenómeno pornografía y la búsqueda de su prohibición obedecen, en primer lugar, a la creencia de los actores religiosos del escenario político de que la pornografía viola los estándares comunitarios de decencia y por tanto, debe censurarse

como consecuencia de su contenido⁷². Frente a lo cual debe sostenerse que no es dable censurar la pornografía por el simple hecho de ser contraria a los cánones de decencia mayoritariamente aceptados, en tanto dicha aproximación constituye una vulneración intrínseca al derecho constitucional a la libertad de expresión.

En segundo lugar, se argumenta que la pornografía debe ser prohibida como consecuencia del daño que causa, en particular a la mujer a partir de la normalización de conductas sexualmente violentas, mediante la normalización de la erotización de la misma. Al respecto, sostiene la teoría feminista contra pornográfica que la misma conlleva a la cosificación del cuerpo femenino⁷³.

Bajo esta lógica, MACKINNON y DWORKIN sostienen que la utilización de hombres, niños o transexuales en el lugar o posición de las mujeres constituye igualmente una forma de pornografía en la cual se subordina al deseo masculino el cuerpo femenino mediante la utilización de sus rasgos o pautas comportamentales como signos distintivos. En este sentido ANDREA DWORKIN defiende que la pornografía es simplemente de las formas más asquerosas de ejercicio del poder masculino y su voluntad, iluminando su naturaleza esencial y su propósito básico.

Para DWORKIN el sexo heterosexual siempre es un asunto de violación de la mujer por el hombre. Siendo a su vez, en esencia, todos los tipos de pornografía (incluso la homosexual) una forma de dominación masculina, pues en el ejercicio del sexo, se reemplaza a la parte débil por otra, un hombre, un niño, que recuerden mediante su posición y actuación rasgos de una mujer, perpetuando de esta manera la violencia y dominación sobre esta⁷⁴.

Así las cosas, si bien es cierto que la pornografía y su consumo plantean problemas de índole moral, no corresponde al derecho dirimir este conflicto y menos hacerlo prohibiéndola a toda costa, solo por ser una actividad que está “mal por principio, con independencia

72 MCGOWAN. “On pornography: MacKinnon, speech acts, and ‘false’ Construction”, cit.

73 GABRIELLE RUSSELL. “Pedophiles in wonderland: censoring the sinful in cyberspace”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n.º 4, 2008, pp. 1467 a 1500.

74 ELEANOR HEARTNEY. “Pornography”, *Art Journal*, 50, n.º 4, 1991, p. 16.

de si se demuestra un daño concreto”⁷⁵, pues esto generaría un sin sentido jurídico en el marco de la regulación al permitir la imbricación de criterios morales minoritarios con pretensiones totalizantes en el proceso autorreferencial del sistema jurídico en detrimento de la libertad negativa.

Al respecto, OSBORNE⁷⁶ propone que la persecución del abolicionismo de la pornografía carece de sentido porque perpetúa imposiciones de género sobre las mujeres, mientras que, por otro lado, autoras como DWORKIN consideran que toda forma de desnudo infantil es reprochable y censurable al ejercerse una forma de dominación y denigración de los cuerpos⁷⁷. La postura de OSBORNE, en contraposición a DWORKIN, plantea que no toda manifestación del desnudo infantil es censurable *per se* por el simple hecho de incluir un menor desnudo, sino por la finalidad de excitación que tenga la imagen por parte del consumidor, lo cual deberá determinarse caso por caso y no mediante una regla general.

En esta misma línea, NANCY PRADA plantea la necesidad de dejar de lado una sociología de la desviación y del control, y por el contrario, plantear nuevas formas de comprensión del comportamiento sexual que no se perciban como insanas o desde la inferioridad, sino complejizar las dinámicas que producen para comprenderlas de forma realista, dando luces a los fenómenos que producen⁷⁸.

II. LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

El concepto de mérito es el único punto de unión entre la pena y la justicia. Solo en cuanto merecida o inmerecida una sentencia puede ser justa o injusta. No sostengo aquí que la pregunta “¿es merecido?” es el único al que ra-

75 RONALD DWORKIN. “Libertad y pornografía”, *No Hay Derecho*, n. ° 6, 1992, pp. 2 a 5, disponible en [<https://ahira.com.ar/ejemplares/no-hay-derecho-no-6/>].

76 RAQUEL OSBORNE. *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad*, Barcelona, LaSal, 1989.

77 ANDREA DWORKIN. *Pornography: men possessing women*, Nueva York, A Perigee Book, 1981.

78 PRADA. “Todas las caperucitas rojas se vuelven lobos en la práctica pospornográfica”, cit.

zonablemente podemos preguntar sobre un castigo. Muy acertadamente podemos preguntarnos si es probable que disuada a otros y reforme al criminal. Pero ninguna de estas dos últimas cuestiones es sobre la justicia. No tiene sentido hablar de un “solo elemento disuasorio” o de una “solo cura”⁷⁹.

El análisis de grupo, fundado en la necesaria participación integral del individuo en un conglomerado social, y por lo tanto esencialmente válido, se ha convertido –desvirtuando su significado– en un tipo de tertulia modesta, en la que por el manoseo de un lenguaje aparentemente sexual, absolutamente carente de contenido, se llega a la prostitución de lo erótico⁸⁰.

La pornografía infantil, tal y como es percibida por el observador promedio desde un constructo sociológico, es susceptible de ser concebida como poco más que la explicitación gráfica de la “sexualidad” de niños, niñas y adolescentes con la finalidad de producir excitación a través de su consumo⁸¹. En esta, el cuerpo del menor es manipulado en tanto objeto resultado de la cosificación con la finalidad de producir en el observador externo o consumidor un determinado grado de satisfacción o excitación sexual. Presentándose dicha manipulación o bien a través del engaño, como en el caso del *grooming*, o bien a través

79 CLIVE STAPLES LEWIS. *God in the dock: essays on theology and ethics*, Michigan, William B. Eerdmans Publishing Company, 1970.

80 LAWRENCE. *Pornografía y obscenidad*, cit., p. 10.

81 “U.S. federal law defines child pornography as any visual depiction of sexually explicit conduct involving a minor (less than 18 years of age) that includes engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal genital or oral-anal, whether between people of the same or opposite sex. U.S. federal law prohibits the production, distribution, importation, reception, or possession of any image of child pornography. Digital child pornography is also referred to as “online child sexual abuse” in the literature in the United Kingdom and “child sex abuse images” within the United States”; JASMINE V. EGGESTEIN y KENNETH J. KNAPP. “Fighting child pornography: a review of legal and technological developments”, *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, vol. 9, n.º 4, 2014, disponible en [<https://core.ac.uk/download/pdf/217162965.pdf>], p. 30.

de la fuerza, revistiendo por tanto su producción un elemento necesario de violencia, en tanto se induce u obliga al menor a participar, bien contra su voluntad, bien viciando la misma a través del ejercicio de relaciones de poder y subordinación, entre un adulto y este⁸².

Cabe resaltar, que esta definición presenta un punto débil que se evidencia en su imposibilidad para capturar o incluir “todo el material que un adulto con interés sexual en los niños podría considerar sexualizado o sexual”⁸³. Obedeciendo dicha insuficiencia a la existencia de múltiples comportamientos parafilicos que escapan al ámbito de la explicitación sexual⁸⁴.

En este sentido, es posible afirmar que existen en la actualidad algunas conductas, que pese a la criminalización y censura pública, transgreden el estatus social, sin llegar a constituir una forma propiamente dicha de pornografía infantil; sirviendo de esta manera como fuente alternativa a la sexualización de los menores mediante un proceso de reemplazamiento del cuerpo real por uno construido a través de un proceso virtual, demostrando en el proceso de crecimiento de estas prácticas la ineficacia de las medidas más extremas para evitar la difusión de este fenómeno. Conllevando lo anterior a que algunos países criminalicen la producción digitalizada de imágenes explícitas de menores en actividades de connotación claramente sexual, en las cuales no existe un objeto de afectación real de los bienes jurídicos, presentándose en estos casos un traslado en torno al objeto del deseo sobre el cual no es posible ejercer la acción penal al interior de un sistema garantista.

82 “No hay sexo inmoral. Hay, en todo caso, sexo criminal: la violación, la trata de blancas, la explotación infantil, por ejemplo. Pero en estos casos, la maldad estriba en la violencia, no en su carácter sexual”; JOSÉ ANTONIO MARINA, cit. en MISAEL TIRADO ACERO, J. OLMEDO, S. RODRÍGUEZ y O. HERRÁN. *Delitos contra niños, niñas y adolescentes infancia y adolescencia desde el enfoque diferencial, de género y de derecho*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012, p. 177.

83 ETHEL QUAYLE y MAX TAYLOR. “Child pornography and the internet: perpetuating a cycle of abuse”, *Deviant Behavior*, vol 23, n.º 4, 2002, p. 331.

84 El deseo necesita de la presencia “... de la alteridad [...] el deseo necesita consumir. De absorber, devorar, ingerir y digerir, de aniquilar. El deseo no necesita otro estímulo más que la alteridad. Esa presencia es siempre una afrenta y una humillación”. ZYGMUNT BAUMAN. “Amor líquido, acerca de la fragilidad de los vínculos humanos”, *El Cultural*, 1.º de septiembre de 2005, disponible en [https://www.lespanol.com/el-cultural/letras/20050901/amor-liquido-acerca-fragilidad-vinculos-humanos/5250114_o.html].

Lo anterior evidencia, tal y como lo sostiene LACOMBE⁸⁵, que el núcleo de la prohibición del desnudo infantil varía según el país, siendo posible que se materialice, sin importar que se realice o no en una actividad sexual explícita, lo cual radica en: la incidencia o propósito (Inglaterra), la naturaleza lasciva de la exhibición de los genitales del menor o su área pública (Estados Unidos), o el propósito sexual de la representación (Canadá); extendiéndose el [daño] incluso al material escrito o a la fabricación de pseudo imágenes de niños (Canadá).

De igual forma, en atención a la naturaleza jurídica de la pornografía infantil en Colombia, considerada como delito de acuerdo con el artículo 218 del Código Penal (Ley 599 de 2000)⁸⁶, es posible establecer -como ya se había acotado-, que esta se configura en concordancia con la literalidad del texto normativo, cuando un individuo “fotografe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene⁸⁷, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años”. Sin perjuicio de lo cual debe tenerse en cuenta que el mero desnudo o contenido erótico implícito de una imagen no puede ser considerado *per se* como un delito, en tanto la representación de la imagen de un desnudo infantil, pues tal y como lo sostiene TAMARIT:

85 DANNY LACOMBE. “Child pornography and sexual grooming: legal and societal responses. By Suzanne Ost”, *Law & Society Review*, vol. 44, n.º 2, 2010, pp. 407 a 409.

86 Encontrando este artículo respaldo normativo en el artículo 218 de la Ley 599 de 2000 y en la Ley 679 de 2001, “Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la constitución”, complementada mediante la Ley 1098 de 2006 “Ley para la infancia y la adolescencia” y la Ley 1336 de 2009 “por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación y la pornografía y el turismo sexual, con niños, niñas y adolescentes”.

87 Esta modalidad delictual ha sido ampliamente criticada, en tanto no es posible condenar el mero almacenamiento sin que exista una conciencia o finalidad ilegítima tras de este. LAURA MAYER LUX. “Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil”, *Política Criminal*, vol. 9, n.º 17, 2014, pp. 27 a 57, disponible en [<https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v9n17/arto2.pdf>].

No puede ser legítimamente castigada como delito sexual por el mero hecho de que determinadas personas puedan excitarse sexualmente con ella. Para atribuir al desnudo de un menor de dieciocho años el carácter de pornografía, debe tenerse en cuenta la forma y el contexto en el que se lleva a cabo la representación, así como el círculo probable –y no meramente posible– de receptores del material⁸⁸.

Así, la consideración en lo referente a la vulneración del bien jurídico del menor a través de la producción, posesión o utilización de un determinado material deberá darse a partir de una distinción de la psiquis del autor y la intención, para determinar qué conductas están sujetas al derecho penal y cuáles no lo están; a la vez que se parte de un supuesto de individualización –que respete la seguridad jurídica– en torno a lo que se percibe como pornografía infantil. De allí que, si bien su consumo es percibido sistémicamente como una desviación, debe tenerse claro que no toda desviación social debe estar sujeta al derecho penal, en tanto la desviación por causas psicológicas no es el resultado de un impulso consciente, sino del *subconsciente* y su tratamiento corresponde a la ciencia y no al ámbito punitivo⁸⁹.

Siendo también esencial considerar que las conductas establecidas como punibles pueden surgir en contextos en donde las reglas son erigidas a partir de su propia lógica interna. En estos términos es relevante plantear la idea de desviación de BECKER⁹⁰ quien afirma que esta “no es una cualidad intrínseca al comportamiento en sí, sino la

88 JOSEP MARÍA TAMARIT SUMALLA. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual: análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 31.

89 En este sentido, no toda desviación constituye una anomalía sistémica, pero el hecho de que una desviación en sí constituya una desviación de lo permitido socialmente en tanto vulnere derechos de terceros, no da lugar a la imputabilidad de una conducta criminal al infractor, toda vez que la desviación por causas psicológicas no tiene origen en un acto voluntario del actor que realiza u omite realizar cierta conducta, sino en un impulso subconsciente del individuo, al cual no es posible hallar solución en la cárcel, más sí es posible tratar a través de la ciencia.

90 HOWARD BECKER. *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, México D. F., Siglo XXI, 2009, p. 34.

interacción entre la persona que actúa y aquellos que responden a su accionar”; es decir que la desviación surge a partir de una interacción entre quienes transgreden la norma o denominados *outsiders* y los emprendedores morales, lo que se traduce en una relación contextual construida a partir de lo considerado como aceptable o reprochable del acto en sí mismo. Posibilitando esta situación, la existencia de comunidades que por sus particularidades histórico-socioculturales normalicen e incluso consideren como deseable el establecimiento o sostenimiento de relaciones sexuales con menores⁹¹.

De esta forma, el asunto no radica en satanizar el desnudo infantil en el marco de una cruzada social contra la pedofilia, en tanto se considera al desnudo –incluso el artístico– como la única fuente de excitación, en tanto esta no es necesariamente la fuente primaria de excitación que puede oscilar desde el uso de un determinado atuendo, hasta el uso de ciertos objetos (fetiche) por parte de los NNA. A lo anterior, cabe añadir que si bien el consumo de pornografía infantil antecede al uso de internet, este fenómeno ha encontrado al interior de la web un nicho para su expansión a través de una red de distribución y consumo que excede de forma considerable los cuatro millones de sitios web, como resultado de la disponibilidad permanente de material y la simplicidad que implica su replicación y distribución.

Adicional a ello, debe mencionarse que el fenómeno de la pornografía infantil no es usualmente asimilado como un peligro aislado en torno a la sexualidad de los menores, sino que es ubicado –en el grueso de la política pública– como un elemento de la explotación sexual

91 Un claro ejemplo de lo anterior es la existencia de matrimonios con menores –usualmente mujeres– en las zonas rurales del país, o al interior de algunas comunidades indígenas, en donde el mismo se da como consecuencia de la primera menstruación, esta última parte, nos lleva al debate que ha sostenido en especial las altas cortes colombianas en materia de protección reforzada al menor de edad y la interjurisdiccionalidad. Ver MISAE TIRADO ACERO. “La construcción de los derechos sexuales de los NNA en la jurisdicción indígena”, en LAURA LORA (comp.). *Infancias, narrativas y derechos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2021; MISAE TIRADO ACERO y JENNIFFER PINILLA LEÓN. *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales. Diálogo intercultural e interjurisdiccional entre la justicia especial indígena (JEI) y la justicia ordinaria (JO)*, Bogotá, ILAE, 2022, disponible en [<https://www.ilae.edu.co/libros/755>].

y comercial de niños, niñas y adolescentes⁹² -ESCNNA-, fenómeno que se configura mediante:

El abuso sexual cometido contra una persona menor de 18 años de edad, en el que a la víctima o a un tercero se le ofrece pagar o se le paga en dinero o en especie para tener relaciones sexuales con ellas o para utilizarlas en pornografía o en espectáculos sexuales. La víctima es tratada como mercancía u objeto, siendo vendida y comprada por parte de adultos(as), lo que representa una forma actual de esclavitud (Resolución 459 de 2012 del Ministerio de Salud y protección social).

El fenómeno de la ESCNNA⁹³ ha generado una oleada de estrategias para la protección de los niños, niñas y adolescentes, quienes debido a múltiples factores, se encuentran en una constante situación de vulnerabilidad. Al respecto, la Fundación Renacer⁹⁴ señala que la seguridad de los NNA, así como sus derechos, son vulnerados como resultado de múltiples factores sociales y culturales; entre los cuales se encuentra la falta de reconocimiento de sus derechos, la presencia de formas de “culturas” basadas en la violencia y sociedades basadas en un modelo patriarcal, en las cuales se presentan modelos de dominación sobre la mujer por parte del hombre y la obligación de satisfacer sus necesidades sexuales.

Estas prácticas sociales contribuyen, al mismo tiempo, a la naturalización del fenómeno de la pornografía infantil, a través de la divulgación de la misma en medios masivos de comunicación, la legi-

92 MISAEL TIRADO ACERO. *Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes: ESCNNA en cuatro países del cono sur*, Bogotá, ILAE, 2022, disponible en [<https://www.ilae.edu.co/libros/752>].

93 Hacen parte de la ESCNNA los siguientes delitos tipificados en el Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), Art. 141: prostitución forzada o esclavitud sexual; Art. 188: trata de personas; Art. 213: inducción a la prostitución; Art. 214: constreñimiento a la prostitución; Art. 217: estímulo a la prostitución de menores; Art. 218: pornografía con personas menores de 18 años; Art. 219-A: utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores.

94 FUNDACIÓN ANTONIO RESTREPO BARCO. *Escenarios de la infamia: explotación sexual de niños, niñas y adolescentes*, Bogotá, Fundación Renacer, 2006.

timación del dinero y la necesidad de conseguirlo a toda costa para sufragar las necesidades del núcleo familiar, que por regla general se encuentra en una situación de pobreza, migración o desplazamiento forzado, aunado a la explotación económica temprana, es decir la utilización de NNA en el “trabajo infantil”, ya que como miembros de un núcleo familiar inestable le es impuesta la obligación desde temprana edad de aportar dinero, para así mantener un mínimo vital financiero en el hogar.

Es importante resaltar que la ESCNNA, tal y como se ha venido mencionando, comprende varias conductas en contra de la vida, la dignidad, la indemnidad sexual y la libertad y formación sexual de los NNA, siendo una de sus formas más desdeñables la pornografía infantil. No en vano es un “secreto a voces” que esta práctica sexual (por regla general desprovista de todo afecto), ha sido practicada en el país desde hace mucho tiempo. Situación que se vio agravada mediante el significativo avance de las TIC en años recientes, que ha permitido la “democratización” del acceso a Internet a través de portátiles, tablets y celulares, estimulando la configuración de una nueva oleada de acciones criminales en las que se utilizan a los NNA en actividades eróticas y sexuales, explícitas o no, que nutren la pornografía en sus modalidades (*softcore* y *hardcore*) y donde los cibernautas de manera anónima están al acecho.

Respecto a la clasificación de la pornografía infantil, la Fundación Renacer⁹⁵ sostiene que puede clasificarse según su contenido, como blanda y dura, presentándose la primera cuando hay una imagen de un NNA desnudo o en una posición sensual, la segunda cuando hay actos sexuales con contacto y acceso carnal abusivo. Siendo posible, en este mismo sentido, distinguir cuatro tipos o formas de pornografía infantil en concordancia con la finalidad de la misma:

1. *Pornografía comercialmente producida cuando su finalidad es el lucro.*
2. *Pornografía producida para ser intercambiada entre pedófilos:* ya que conseguir material pornográfico en el que participen NNA es muy difícil por su ilegalidad, los pedófilos realizan un intercambio de videos, revistas, fotografías, etc., como si se tratase de un material de colección.

3. *Pornografía utilizada con fines delictivos*: este material es utilizado por su tenedor con fines de extorsión, chantaje o trata, aprovechándose del delicado contenido que tiene en sus manos y del daño a la honra de la persona que participa en el video.
4. *Pornografía para consumo exclusivo personal*: este es un archivo personal que mantienen los pedófilos y pederastas de sus experiencias como abusadores, ese material pornográfico permite a su poseedor tener un recuerdo perdurable del abuso que cometió ya que el NNA mantiene en el video o foto su juventud, nunca envejeciendo a ojos del pedófilo.

Debe resaltarse que la sociedad crece a una velocidad exponencial, y gracias a ello el desarrollo y utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones ha generado nuevas posibilidades de muestras de desviación, dado que al ampliarse y difundirse el conocimiento técnico se puede acceder al mundo contemporáneo, que ha estado marcado por el mundo del espectáculo, el narcisismo y los performance, que de acuerdo a YVONNE JEWKES y KEITH SHARP, crean un espacio que provee al usuario de la oportunidad de presentarse o reinventarse⁹⁶. Al respecto, Save The Children señala que:

El internet es un canal importante para la participación, la educación, el acceso a la información, la creatividad, el ocio y el juego, la comunicación y la libre expresión. Sin embargo, el acceso a internet conlleva un espectro de riesgos a los que los niños y las niñas son más vulnerables que los adultos. Esos riesgos están vinculados con la vulneración de sus derechos fundamentales como la libertad, la dignidad, la intimidad y el derecho a ser protegidos contra la violencia⁹⁷.

96 YVONNE JEWKES y KEITH SHARP. "Crime, deviance and the disembodied self: transcending the danger of corporeality", en YVONNE JEWKES (ed.). *Dot.cons: crime, deviance and identity on the Internet*, Nueva York, Routledge, 2003.

97 LILIANA ORJUELA LÓPEZ, BELKIS CABRERA DE LOS SANTOS FINALÉ, JUAN CALMAESTRA VILLÉN, JOAQUÍN A. MORA MERCHÁN y ROSARIO ORTEGA RUIZ. *Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción*, Madrid, Save The Children, 2013, disponible en [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/acoso_escolar_y_ciberacoso_informe_vok_-_05.14.pdf], p. 10.

Es por ello que la necesidad de regular sobre el contenido que se localiza en internet y la facilidad para encontrarlo se ha convertido en un reto cada vez mayor, como señala JEWKES⁹⁸ en el internet la “identidad se convierte en multidimensional, podemos ser quien sea, como sea y donde sea que deseemos estar, es un lugar donde podemos escribir y reescribir nuestra personalidad en un acto perpetuo de auto-creación”⁹⁹, y esto se traduce en que muchas veces no se tiene la seguridad absoluta sobre toda duda razonable de con quién se está haciendo un negocio en plataformas virtuales v. g. OLX o de con quién se está chateando en realidad cuando alguna persona agrega a otra a una red social, representando un posible riesgo para un NNA estarse comunicando con un proxeneta o un pedófilo.

Por otro lado, el fácil contacto con una gran cantidad de páginas que se dedican al comercio sexual se amplía con voracidad a través del tiempo. Existen sitios dedicados explícitamente a la promoción de servicios relacionados con el comercio sexual que pueden tener muchas formas, que van desde la oferta directa de contactos sexuales hasta la venta de contenido digital o experiencias eróticas y sexuales mediadas por internet. Es habitual que en estos sitios se alberguen fotografías profesionales de personas que aparecen en contenidos altamente sexuales y que pueden facilitar: 1) el contacto de los NNA con imágenes que pueden sexualizarlos a temprana edad y, 2) el contacto de pedófilos con NNA, ya que en muchas ocasiones estas páginas ofrecen a mujeres que no son mayores de 18 años, pero que se camuflan en servicios aparentemente legales por contar con “personal” con edad legal y pleno consentimiento de la actividad que ejercen.

Ahora bien, debido a las facilidades que representa el internet para compartir e intercambiar videos e imágenes pornográficas de NNA, el ICBF¹⁰⁰ clasificó la pornografía infantil que se encuentra en internet:

1. *Pornografía visual*: fotografías, videos e incluso tiras cómicas donde se pueden ver NNA teniendo relaciones sexuales con otros NNA o con adultos. En la mayoría de los casos la pornografía de las tiras cómicas representan a NNA en situaciones de abuso y maltrato.

98 JEWKES y KEITH SHARP. “Crime, deviance and the disembodied self: transcending the danger of corporeality”, cit.

99 ORJUELA, CABRERA, CALMAESTRA, MORA y ORTEGA. *Acoso escolar y ciberracoso: propuestas para la acción*, cit., p. 3.

100 NAPHY. *Sex crimes: from Renaissance to enlightenment*, cit., p. 32.

2. *Pornografía en audio*: en este caso el consumidor tiene un chat o video chat en el que se pueden ver NNA y escuchar sonidos que sugieren la participación de NNA en actividades sexuales.
3. *Pornografía en texto*: incluye e-mails, comentarios en foros, cartas enviadas a páginas de internet o blogs donde se puedan leer relatos en los que se involucran los NNA en situaciones eróticas, que sugieren ser casos de la vida real que pueden ser repetidos por el lector.

A su vez, TIRADO, OLMEDO, RODRÍGUEZ y HERRÁN, clasifican los materiales pornográficos según su grado de lesividad, así:

1. *Iniciación*: fotografías sin contenido sexual recopiladas de fuentes legales como revistas y catálogos.
2. *Desnudos*: fotografías de desnudos o semidesnudos de menores recopiladas de fuentes legales.
3. *Erótica*: fotografías tomadas de manera subrepticia en distintos grados de desnudez.
4. *Posados*: fotografías de posadas en distintos grados de desnudez.
5. *Posado erótico*: con contenido sexual y distintos grados de desnudez.
6. *Posadas explícitamente eróticas*: fotografías de genitales.
7. *Actividad sexual explícita*: grabaciones de actividad sexual en la que intervienen NNA, sin adultos.
8. *Abuso sexual*: grabaciones de sometimiento a abusos sexuales con tocamientos con adultos.
9. *Abuso sexual extremo*: grabaciones de abuso sexual incluyendo penetración, masturbación o sexo oral con mayores de edad.

10. *Sadismo / bestialismo*: grabaciones de NNA sometidos a sufrimiento o implicados en actividades sexuales con animales¹⁰¹.

Estas definiciones y sistemas de clasificación muestra por una parte la diversidad de contenido y de riesgo al que están expuestos los NNA, en un momento de avance tecnológico en el que las tipologías de abusos y explotación sexual al que están amenazados aumenta y se complejiza por cuenta de variadas formas de expresión de la sexualidad en la era digital.

Una realidad que suele pasar muchísimas veces inadvertida la constituye la de los viajes y turismo asociados al consumo y tráfico de drogas y a la explotación sexual con menores de edad, sin importar el fenotipo o buscando “sexo a la carta” o en su caso “safari sexual” en contextos geográficos considerados como exóticos, es decir en comunidades étnicas, particularmente poblaciones indígenas, negras o raizales y rom¹⁰².

III. LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA REALIDAD SOCIAL

The key premise was the preliminary conclusion that the three girls were probably not guilty of Pennsylvania's child pornography statute, which prohibits the distribution of materials depicting a “prohibited sexual act,” defined as “sexual intercourse [...] masturbation [...] bestiality, fellatio, cunnilingus, lewd exhibition of the genitals or nudity if such nudity is depicted for the purpose of sexual stimulation”¹⁰³.

Como se ha visto a lo largo de los apartes anteriores, la pornografía infantil es un problema latente en la sociedad, frente a la cual se carece de delimitación clara entre aquellas obras que se debaten en el marco

101 TIRADO, OLMEDO, RODRÍGUEZ y HERRÁN. *Delitos contra niños, niñas y adolescentes infancia y adolescencia desde el enfoque diferencial, de género y de derecho*, cit.

102 MISAEL TIRADO ACERO. *Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes ESCNNA en cuatro países del cono sur*, cit, pp. 73 y ss.

103 PERRY A. ZIRKEL. “All a twitter about sexting”, *The Phi Delta Kappan*, vol. 91, n.º 2, 2009, pp. 76 a 77.

de la obscenidad y la creatividad; y que se encuentra permeado por matices socioculturales y económicos, propios de las realidades sociales de cada entorno. No obstante, a la variabilidad de la predisposición social de algunas culturas hacia la normalización o realización histórica de las relaciones sexo/afectivas con menores, algunos autores han realizado estandarizaciones de los fenómenos o factores de riesgo que pueden generar una predisposición o riesgo para la participación de NNA en la producción de ESCNNA. Entre estos trabajos, cabe resaltar el de BERNAL *et al.*, para quienes existen cuatro factores de riesgo, a saber:

1. *Factores sociales*: dentro de los cuales se encuentran el desplazamiento forzado, el trabajo infantil, las deficiencias en el sistema educativo, las deficiencias del sistema de salud, la existencia de grandes redes dedicadas a la ESCNNA siendo expertas en el uso de la violencia para extraer a los menores de edad de sus entornos seguros y obligarlos a participar en actos sexuales y de acceso carnal, sumado al aumento del turismo que puede dar lugar a que los visitantes pedófilos busquen aprovecharse de nuevas víctimas en el país o región que los alberga para obtener algo de diversión, e incluso buscar nuevo material pornográfico con la participación de NNA para aumentar su colección porno.
2. *Factores económicos*: la pobreza, la cual puede conllevar a que los padres de familia alquilen a sus hijos a proxenetas por el afán de conseguir recursos y así mismo el vivir en hacinamiento donde el espacio personal no es respetado, dando lugar a posibles abusos por parte de alguno de los habitantes del hogar.
3. *Factores políticos*: la ausencia de políticas públicas encaminadas a proteger a los NNA de cualquier forma de abuso y la existencia de barrios desatendidos donde el desarrollo del NNA en actividades propias de su edad no son cotidianas, privándole de las herramientas necesarias para reconocer y denunciar violencia o abuso sexual.
4. *Factores culturales*: la naturalización del problema, es decir, aceptar de cierta manera que el fenómeno es actual y que no hay nada para solucionarlo; también el modelo hegemónico de las sociedades patriarcales donde el NNA toma un papel secundario o sumiso, siendo el sexo femenino “un grupo especialmente vulnerable expuesto a un

peligro mayor de explotación sexual, toda vez que el número de niñas entre las personas explotadas sexualmente es sumamente alto”¹⁰⁴.

En este mismo sentido, BERNAL *et al.*, a su vez indican otros factores que pueden llevar a un menor de edad a involucrarse en actividades de ESCNNA y que no pueden ser clasificados como factores culturales, sociales, políticos o económicos:

1. Vivir episodios de violencia intrafamiliar, lo que genera en el NNA problemas de autoestima, timidez y ensimismamiento, agregado a ello la violencia intrafamiliar puede terminar con la expulsión del NNA a la calle donde se genera la necesidad imperante de adquirir recursos para poder tener su sustento, colocándolos en situación de vulnerabilidad prestos a personas malintencionadas como los proxenetas.
2. Abuso sexual previo por parte de un miembro de la esfera privada del NNA o miembro de la comunidad, ya que también genera problemas en la personalidad del NNA que lo pone en situación de gran vulnerabilidad¹⁰⁵.

De igual forma, se presenta como factor de riesgo el *grooming*, en tanto es una conducta que se encuentra penalizada en varios países y consiste en la utilización de tecnologías de la comunicación para contactar a un menor de 14 años con la finalidad de tener relaciones sexuales. MONGE considera que “la acción nuclear consiste en acciones realizadas por un adulto utilizando medios tecnológicos virtuales, con la finalidad de concertar un encuentro de carácter sexual”¹⁰⁶ y la de involucrar al menor de edad en espectáculos de contenido sexual o incitarlos a tener actos sexuales con un adulto.

104 DIANA ROCÍO BERNAL CAMARGO, ANTONIO VARÓN MEJÍA, ADRIANA BECERRA BARBOSA, KELLY CHAIB DE MARES, ENRIQUE SECO MARTÍN y LORENA ARCHILA DELGADO. “Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes: modelo de intervención”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 11, n°. 2, 2013, disponible en [<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/18485/2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>], p. 624.

105 *Ibid.*, p. 623.

106 ANTONIA MONGE FERNÁNDEZ. *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, Barcelona, Bosch, 2011, p. 230.

El consentimiento del menor de edad en el *grooming* es completamente inválido, ya que se busca proteger su indemnidad sexual y debido a la inmadurez sexual de los niños y niñas, esta práctica puede terminar involucrando al menor en actividades de pornografía infantil, ESCNNA y trata de personas, ya que no se sabe con quién se encuentre al otro lado de la pantalla, puede ser un joven de 16 años buscando tener una aventura con una niña de 14 años o un pedófilo que haga parte de una red de trata de personas. El adolescente o adulto que practique el *grooming* podría involucrarse en el delito de proxenetismo con menor de edad¹⁰⁷.

Así mismo, constituye un factor de riesgo para los menores el *cyberbullying*, entendido como una forma de acoso que se desarrolla por medio de las tecnologías de la comunicación. Al respecto Save The Children señala tres características inherentes de esta modalidad de acoso: 1) intencionalidad, 2) repetición que no necesariamente consiste en agredir a un NNA varias veces si no con el solo hecho de subir por una sola vez una imagen no deseada o meme de la víctima en una red social para que sea vista, compartida y comentada por varias personas, y 3) desequilibrio de poder, las cuales gozan de matices propios derivados de la naturaleza de los dispositivos utilizados.

Ahora bien, su relación con la pornografía infantil no es directa, es decir en un principio la conducta en sí no hará que los agentes (el que sube la foto a internet y quien la comparte y comenta de forma agresiva) se encuentren involucrados en pornografía con menor de 18 años, sin embargo, sí puede ser una de las consecuencias de la misma, ya que, agregado a las cicatrices emocionales y físicas que generaría la participación de un NNA en pornografía, su autoimagen y la imagen que los demás tienen del mismo, se verá denigrada si alguien encuentra dicho material y con la intención de burlarse, vengarse o por simple crueldad la sube a las redes sociales, exponiendo al NNA en sus círculos sociales más íntimos produciendo un estigma o “eti-

107 Este delito fue incorporado al Código Penal (Ley 599 del 2000) por la Ley 1329 de 2009. El artículo incorporado: “Artículo 213-A. Proxenetismo con menor de edad. El que con ánimo de lucro para sí o para un tercero o para satisfacer los deseos sexuales de otro, organice, facilite o participe de cualquier forma en el comercio carnal o la explotación sexual de otra persona menor de 18 años, incurrirá en prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años y multa de sesenta y siete (67) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

quetamiento” difícil de borrar para él mismo y para la gente que lo rodea, problemas psicológicos, depresión, baja autoestima, problemas psicosociales e incluso el suicidio¹⁰⁸.

A. Internet y pedofilia

Si la Primera Enmienda significa algo, significa que un Estado no tiene por qué decirle a un hombre, sentado solo en su propia casa, qué libros puede leer o qué películas puede ver. Toda nuestra herencia constitucional se rebela ante la idea de dar al gobierno el poder de controlar las mentes de los hombres¹⁰⁹.

Luego de la debilidad mostrada en el campo de lo sexual, he aprendido una lección. Este es mi solemne descubrimiento: Dios siempre perdona, pero la sociedad nunca
TARCISIO SPRICIGO, sacerdote brasileño y pederasta¹¹⁰.

El pedófilo, como villano de la infancia y de la humanidad por extensión, funciona como figura de descargo de las pulsiones sexuales de la sociedad occidental, en particular la norteamericana, no por su naturaleza desviada, sino porque es un ser “ordinario” propio de la cotidianidad y cuyo comportamiento se encuentra intrínseco en mayor o menor medida al interior de todos los miembros de la sociedad.

Después de todo, tal como lo considera TIRADO, la sexualidad sigue siendo un tabú a pesar de que es un tema cada vez más presente en la esfera pública, aunque es un espacio que se experimenta y forma en el espacio privado/intimo, particularmente en las familias en dónde se consolida la socialización primaria:

108 ORJUELA, CABRERA DE LOS SANTOS, CALMAESTRA, MORA y ORTEGA. *Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción*, cit., p. 27.

109 U. S. SUPREME COURT. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), Stanley v. Georgia n.º 293, Argued January 14-15, 1969; Decided April 7, 1969, 394 U.S. 557, disponible en [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>].

110 MARCOS MAYER. *La infancia abusada: pedofilia y sociedad*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2009.

El sujeto se forma, se educa y se socializa de acuerdo con unos valores, creencias, comportamientos, prácticas y con un contexto o entorno sociocultural, económico, político, y geográfico, entre otros. El hecho de que en esa primera etapa de socialización no se hable de “sexo” hace que la sexualidad misma se desvirtúe, se fragmente, se ignore y esta se vea con cierta perversidad, malicia o morbo, o en una edad más adulta, como algo “exótico, algo que no se conoce”¹¹¹.

En este sentido, JUDITH LEVINE afirma, siguiendo la lógica de la formación primaria de los patrones relacionados con la sexualidad, que se teme tanto, por ejemplo, al pedófilo, porque son ellos mismos. LEVINE, al citar al literato JAMES KINCAID, señala como en Estados Unidos al existir una cultura del abuso sexual de los niños en el siglo XIX, se creó la inocencia de la infancia como una subjetividad sin deseo, paralela a la creación de un nuevo ideal del objeto del deseo. De acuerdo con LEVINE:

Una y otro tienen idénticos atributos -dulzura, encanto, docilidad, pasividad-, pero desde entonces esa invención cultural simultánea ha constituido para los estadounidenses un inquietante problema psicosocial. Se deleitan en su atracción erótica por los niños, dice KINCAID (como lo demuestran las exhibiciones de belleza en las que fue inscrita JONBENÉT RAMSEY). Pero también juzgan aborrecible esa atracción (como lo demuestran, por su parte, el sobresalto y repugnancia públicos por la “sexualización” de JONBENÉT en esas exhibiciones). Así, proyectan al exterior su deseo erotizado, para crear un monstruo al cual odiar, perseguir y castigar¹¹².

De allí que ERICK GÓMEZ¹¹³ defina la pedofilia como una parafilia, siendo por tanto el pedófilo una persona que tiene “fantasías sexua-

111 MISAEL TIRADO ACERO. *Comercio sexual*, Bogotá, ILAE, 2013, p. 37.

112 LEVINE. *No apto para menores*, cit., p. 70.

113 ERICK GÓMEZ. *La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes: una aproximación sociológica*, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005, pp. 79 y 80.

les recurrentes y altamente excitantes, impulsos sexuales o comportamientos que impliquen actividad sexual con NNA”. Este, debe tener mínimo 16 años y ser cinco o más años mayor que el NNA por el que siente atracción; siendo dicha atracción el resultado de múltiples causas que escapan a su pleno control, conllevando, bien sea a querer tener relaciones sexuales con personas sin experiencia o por repetir un episodio de la infancia. En un sentido similar, TIRADO define el concepto de pedofilia como “la atracción sexual y erótica hacia niños con características biológicas secundarias de desarrollo [...] la edad de preferencia oscila entre los nueve y 12 años¹¹⁴”. Diferenciándola en el proceso de la pederastia –concepto usualmente considerado como análogo– al afirmar que se encuentra “ligada a la fantasía previa, cuya atracción sexual y erótica hacia niños menores de edad, sin características secundarias biológicas de desarrollo, podría estar por debajo de los 12, 11 o nueve años¹¹⁵”.

Pese a lo anterior, debe considerarse tal y como afirma RUSSELL¹¹⁶ que las fantasías no son una manifestación o expresión de la realidad o la cotidianidad y por tanto así pues, el individuo –por regla general hombre–¹¹⁷ que abusa de los menores, no es el mismo que consume pornografía infantil, bien sea por medios magnéticos¹¹⁸, o bien por medios físicos –en algunos países se han conformado redes de distribución de material sexualizado o “artístico” con menores desnudos–.

114 MISAEL TIRADO ACERO. *Comercio sexual, una mirada desde la sociología jurídica*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 79.

115 Ibid., p. 80.

116 RUSSELL. “Pedophiles in wonderland: censoring the sinful in cyberspace”, cit.

117 JÉRÔME ENDRASS, FRANK URBANIOK, LEA C. HAMMERMEISTER, CHRISTIAN BENZ, THOMAS ELBERT, ARJA LAUBACHER y ASTRID ROSSEGGER. “The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending”, *BMC Psychiatry*, vol. 9, n.º 43, 2009, pp. 1 a 7, disponible en [<https://bmcp psychiatry.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/1471-244X-9-43.pdf>].

118 Al respecto debe mencionarse que la pornografía infantil es más común en internet de lo que aparentemente es. No solo se encuentra de manera fácil a través de los denominados *packs* fotográficos muchas de las veces sin términos o referencias sobre el contenido de los mismos, sino también a través de sitios web –no propiamente de la deep web– en los cuales mediante una codificación verbal o el uso de anuncios contextuales se informa del contenido de los archivos. Así por ejemplo, algunas páginas web utilizan combinaciones como: fotos de “mujeres”, no encontrarán nada “raro” en este lugar. Para informar de la existencia de material pornográfico prohibido.

La anterior afirmación encuentra sustento en la obra de MICHAEL J. BADER cuando menciona el caso de un individuo, “Otto”, quien fantaseaba con chicas adolescentes, frente al cual afirma: “El impulso primario de ‘Otto’ no era el de salir al mundo y tener sexo con chicas adolescentes, sino el de alcanzar placer sexual mediante un escenario de fantasía en el cual se sentía seguro”¹¹⁹.

En contraposición a la creencia mayoritaria, no existen evidencias de que el consumir pornografía infantil por parte del pedófilo implique el paso a la comisión de delitos sexuales contra menores¹²⁰. De acuerdo con ENDRASS *et al.*¹²¹, “el consumo de pornografía infantil no es un factor de riesgo para cometer delitos sexuales por ‘asalto’, al menos no lo es para aquellos individuos que nunca han cometido un delito sexual”¹²².

Cuando se trata de “caracterizar” al usuario de pornografía infantil, es posible afirmar que estos son hombres, (sino de forma absoluta al menos como sector mayoritario¹²³). Estos, al menos de acuerdo a la evidencia sumaria son sujetos con un alto nivel educativo¹²⁴; dentro de los cuales al menos el 4% han alcanzado el nivel de Doctorado¹²⁵

119 En el texto original se lee: “Through a fantasy scenario that felt safe”; expresión que es susceptible de ser traducida como una fantasía con la que se sentía a gusto o cómodo.

120 DAVID L. RIEGEL. “Effects on boy-attracted pedosexual males of viewing boy erotica”, *Archives of Sexual Behavior*, vol. 33, n.º 4, 2005, pp. 321 a 323.

121 ENDRASS, URBANIOK, HAMMERMEISTER, BENZ, ELBERT, LAUBACHER y ROSSEGGER. “The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending”, cit.

122 Este estudio se corresponde con la introducción del artículo 197 al Código Penal suizo, realizada el 22 de abril de 2002, de acuerdo con el cual la posesión de pornografía donde se aprecien actos sexuales con menores, excrementos, animales, así como conductas sexuales violentas, son ilegales.

123 ANDREAS FREI, NURAY ERENAY, DITTMANN VOLKER y MARC GRAF. “Paedophilia on the Internet - a study of 33 convicted offenders in the Canton of Lucerne”, *Swiss Medical Weekly*, vol. 135, n.ºs 33 y 34, 2005, pp. 488 a 494; QUAYLE, y TAYLOR. “Child pornography and the internet: perpetuating a cycle of abuse”, cit.; MICHAEL C. SETO y ANGELA W. EKE. “The criminal histories and later offending of childhood pornography offenders”, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, vol. 17, n.º 2, 2005, pp. 201 a 210.

124 JANIS WOLAK, DAVID FINKELHOR y KIMBERLY J. MITCHELL. *Child pornography possessors arrested in internet-related crimes: findings from the national juvenile online victimization study*, Virginia, National Center for Missing and Exploited Children, 2005.

125 Ídem.

y 77% graduados de la Universidad –al menos dentro de la caracterización suiza¹²⁶; de igual manera, al menos uno de cada tres consumidores de pornografía infantil trabajan en una posición ejecutiva o tienen un diploma académico¹²⁷, según O'BRIEN y WEBSTER citados por ENDRASS¹²⁸. Al respecto, algunos psicólogos sostienen que lo cierto es que:

Quizá el pedófilo “típico” no exista, si acaso existe el pedófilo a secas. Los rasgos con los que la policía y científicos sociales lo han caracterizado, como su supuesta timidez o trauma sexual infantil, carecen de significancia estadística. Más aún, un contacto sexual con un niño no convierte a un individuo en pedófilos. “La mayoría de los actos reportados de abuso sexual contra niños no se cometen por pedófilos”, sino por hombres involucrados en relaciones afectivas con mujeres y hombres adultos, apunta JOHN MONEY, de la Johns Hopkins University, distinguido experto en anormalidades sexuales. Son hombres como CHARLES JAYNES, quien registró en su diario un fugaz enamoramiento de un “niño precioso” de “encantador bronceado y ojos azul cristal” y en cuyo auto la policía encontró impresos de la North American Man/Boy Love Association –NAMBLA–, pero que tenía una novia adulta y de quien se rumoró que era amante de SICARI, quien también tenía novia¹²⁹.

Pese a lo cual debe reconocerse que es posible generalizar que el pedófilo, en tanto sujeto que disfruta de una sexualidad parafilica, es

126 Ídem.

127 ANNE BURKE, SHAWN SOWERBUTTS, BARRY BLUNDELL y MICHAEL SHERRY. “Child pornography and the internet: policing and treatment issues”, *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 9, n.º 1, 2002, pp. 79 a 84.

128 “At the time of offense, the average age of the subjects was 36 years (SD 10.0), with a range from 18 to 65. The majority of the subjects were Swiss nationals (94%, n = 217), 58% (n = 128) were single, 33% (n = 74) were married, 8% (n = 19) were divorced and 1% (n = 3) were widowed. 25% (n = 55) of the study sample had children”. ENDRASS, URBANIOK, HAMMERMEISTER, BENZ, ELBERT, LAUBACHER y ROSSEGGER. “The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending”, cit.

129 LEVINE. *No apto para menores*, cit., p. 69.

susceptible de ser considerado como un individuo cuya mentalidad presenta un proceso de desajuste.

La obtención de imágenes de contenido obsceno con menores de edad, por parte de pedófilos, puede enmarcarse en el procedimiento habitual que desarrollan para generar abusos sexuales sobre los NNA, internet y la masificación de las redes sociales, tan solo ha generado un escenario más en el cual pueden pretender la obtención de este tipo de contenido.

Este proceso comprende cinco etapas, la selección, el acorralamiento, la seducción, el abuso y el adoctrinamiento; en la primera etapa fijan los criterios por los cuales buscarán a sus víctimas, en este caso se dará mediante acercamiento en internet, sea en redes sociales o cualquier plataforma digital en la cual se pueda intercambiar información, la selección suele estar dada por las preferencias y gusto particulares del pedófilo, los cuales hoy en día son fácilmente comprobables en videos o fotografías publicadas en la web, algunos de estos criterios son:

1. *Por sexo:* hay pedófilos que se inclinan solo por las niñas, solo por los varones o indistintamente por ambos sexos.
2. *Por edad:* existen quienes tienen preferencias por los bebés, por los niños preescolares, por los niños de entre cinco y siete años, por los niños pre-púberes, por los púberes o por los adolescentes menores de 18 años.
3. *Por semejanza:* a alguien que conocieron y que les hizo daño en su propia niñez.
4. *Por identificación:* seleccionan a un niño parecido a ellos mismos cuando eran niños y fueron abusados¹³⁰.

La segunda etapa comprende la etapa de búsqueda y acercamiento al NNA seleccionado, lo que en el mundo real, comprende acercamientos en parques, colegios, iglesias o cualquier sitio en que se comparta con una comunidad de la cual es partícipe, incluyendo su misma familia,

estos mismos acercamientos son desarrollados en la web, integrándose a grupos de manera virtual, como foros sobre temas que gustan a los NNA, comunidades de videojuegos, redes sociales de colegios, clubes de fans de cantantes o actores, etc., en estos casos es común que los pedófilos engañen a sus víctimas simulando ser menores de su misma edad, compañeros de su colegio o personajes famosos que quieren realizar contacto con ellos porque comparten gustos e intereses, con lo cual se logra la comunicación y se genera confianza en la víctima.

Tercera etapa, la seducción. Es en este punto en el cual el pedófilo busca seducir a su víctima mediante falsas actitudes que generan un vínculo con lo emocional, como la utilización de palabras complacientes, muestras de empatía y comprensión, atención desmedida, regalos o favores, todos estos capaces de ser surtidos en medio de conversaciones digitales, lo que crea un ambiente en el cual las peticiones de contenido sexual que generará el pedófilo son advertidas como algo accesorio a una relación de confianza o amistad que falsamente se cree tener, y no como lo que son, el objeto principal y premeditado por el cual realizó el contacto con la víctima.

La cuarta etapa, es el abuso en sí mismo, lo que, en el caso de la pornografía infantil, corresponde a la inducción en conductas sexuales a NNA y la obtención de material gráfico al respecto.

A esto sobreviene la etapa de adoctrinamiento, en el caso de los actos sexuales abusivos, en esta etapa el pedófilo busca normalizar y perdurar el abuso en el tiempo, comienza un proceso en el cual busca instalar los actos que comete en la víctima como meramente cotidianos, deslegitimando sus quejas o rechazos, aislando al NNA de sus seres cercanos, que podrían eventualmente advertir el abuso, descalificando cualquier acusación en su contra, en el caso de la interacción por medios digitales, una vez obtenido de manera gráfica contenido sexual por parte de NNA, el pederasta intentará mantener y extender la situación el mayor tiempo posible, el material obtenido por primera vez se convierte en una pieza de chantaje y amenaza, la cual será difundida a sus amigos y familiares a menos que continúe enviando material de contenido sexual y aceptando las peticiones del victimario.

En caso de que el objetivo del pedófilo haya sido solo la obtención del material sexual del menor para su comercialización, y cortara comunicación con el NNA luego de su obtención, no se daría la etapa de adoctrinamiento.

Por último, no en todos los casos se presenta, pero existe una etapa de revelación, en materia de abuso puede deberse a la denuncia por

parte de la víctima o a la capacidad de sus seres para percatarse del abuso; en el caso de la pornografía infantil puede deberse tanto a las causas anteriores, como a la revelación de la situación debido a la circulación del material de contenido sexual en redes sociales o medio de difusión.

Algunos pedófilos se han organizado, creando agrupaciones que luchan por defender, no solo sus intereses afectivos, sino también erradicar los patrones de discriminación y persecución a los que se ven sometidos, siendo un claro ejemplo de estos cuerpos colegiados la North American Man/Boy Love Association -NAMBLA- o FreeSpirit. Debe reconocerse que muchas de estas comunidades no representan una amenaza real o una conglomeración de individuos con fines criminales¹³¹, es posible afirmar que el internet ha generado espacios para el surgimiento de comunidades de individuos desviados que pueden representar un peligro para la sociedad. Un claro ejemplo de lo anterior fue el caso de una “organización” a nivel internacional -con miembros y víctimas de aproximadamente 12 países- conocida como el Club “Wonderland”¹³², el cual fue cerrado gracias a la colaboración de múltiples fuerzas de policía. Los miembros de este club, tenían en su biblioteca digital, aproximadamente 10.000 fotografías de índole “obsceno” de menores de edad, las cuales circulaban entre los miembros a través de archivos encriptados¹³³; colapsando esta red de personas como resultado de la Operación Catedral¹³⁴.

131 Es decir, no configuran necesariamente un “concurso para delinquir”.

132 Término utilizado en apelación o evocación a el libro de Alicia en el país de las maravillas o Alice in Wonderland.

133 RUSSELL. “Pedophiles in wonderland: censoring the sinful in cyberspace”, cit.

134 No obstante, RUSSELL señala que a mediados de 2007, dos periodistas encubiertos encontraron que “Wonderland” había resurgido como un parque temático para adultos al interior del juego *Second Life*, lo cual confirmaron al analizar el montaje gráfico del sitio web durante su investigación. En este se realiza una simulación virtual de un sótano de torturas sexuales y otras conductas sexuales desviadas con “menores”, así como el proceso de violación iterativa de una “chica” adolescente por parte de los personajes. BT-3NEW. “Report Mainz - Second Life”, 8 de mayo de 2007, disponible en [<https://www.youtube.com/watch?v=Wk8uNWF77gg>]; NIÑO, TATERU. “Sky News targets sexual ageplay in Second Life again”, *Engadget*, 4 de marzo de 2008, disponible en [<https://www.engadget.com/2008-03-03-sky-news-targets-sexual-ageplay-in-second-life-again.html>], recursos audiovisuales citados en RUSSELL. “Pedophiles in wonderland: censoring the sinful in cyberspace”, cit.

Por último, cabe mencionar que el 24 de junio de cada año los pedófilos celebran su día. Sin que se pueda pasar por alto resaltar el papel que cumple la pedofilia en la existencia del crimen. Así sea considerada como una patología o una enfermedad mental, los sujetos pedófilos contribuyen en la actualidad con el fortalecimiento del poderío económico de los traficantes o abusadores de menores. La crítica se fundamenta a la tendencia social perversa pedófila que se estructura cada vez con más sofisticada en el mundo¹³⁵.

135 TIRADO ACERO. *Comercio sexual, una mirada desde la sociología jurídica*, cit; ÍD. *Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes escnna en cuatro países del cono sur.*, cit.

CAPÍTULO SEGUNDO

Discusión jurídica en torno a la pornografía infantil

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LOS NNA

Los ruiseñores no hacen una cosa más que hacer música para que la disfrutemos. No se comen los jardines de la gente, no anidan en los graneros, no hacen otra cosa que cantar con todo su corazón por nosotros. Por eso es pecado matar un ruiseñor.

HARPER LEE. *To Kill a Mockingbird*

La Constitución Política de 1991 da origen a la normatividad relacionada con la protección a los niños, niñas y adolescentes en Colombia, esta es considerada como el marco reforzado de amparo de los derechos fundamentales inherentes a este grupo poblacional, los cuales están consagrados dentro de los derechos sociales, económicos y culturales así:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Del mismo modo, los adolescentes gozan de especial protección y señala la Carta Política en su artículo 45 que:

El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.

De acuerdo con MANUEL FERNANDO QUINCHE, el artículo 44 Constitucional es susceptible de ser desagregado al menos en dos componentes, a saber:

[1] El mandato del inciso final del artículo, que establece una prevalencia constitucional, según la cual, “los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”, la que opera como un mandato al operador jurídico, que no ofrece márgenes hermenéuticos. Allí no hay escogencias, pues el constituyente de 1991 ya escogió. [2] La enunciación espe-

cífica de los derechos fundamentales de los niños, algunos de ellos no compartidos con los adultos: vida, integridad física, salud y seguridad social, alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de opinión¹³⁶.

De manera que los derechos de los niños, niñas y adolescentes están revestidos de un carácter de supremacía, preponderan frente a los derechos de los adultos y adicionalmente poseen una condición de fundamentalidad. La Corte Constitucional ha realizado desde los años 1990 el desarrollo del llamado “interés superior del menor”, concepto que para la Corte Constitucional ha sufrido múltiples cambios debido a que:

En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida¹³⁷.

Lo que a la postre sería reemplazado, debido al desarrollo de la disciplina científica de diferentes áreas que harían patente la necesidad de considerar la menor como un sujeto en formación, al cual debía garantizársele la adecuada protección que permitiría su desarrollo en un adulto sano, libre y autónomo.

A su vez el pronunciamiento de la Corte Constitucional, menciona cuatro características del interés superior del menor, como lo son:

1. Real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas;

136 MANUEL FERNANDO QUINCHE. *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2012, p. 250.

137 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-408 de 12 de septiembre de 1995, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-408-95.htm>].

2. Independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos;
3. Un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor;
4. La garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor¹³⁸.

A su vez esta corporación ha establecido los criterios jurídicos que deben observarse para aplicar en concreto este principio:

(i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales como resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley, sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años¹³⁹.

Esto se ve materializado en el Código de Infancia y Adolescencia, en el cual se define el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como:

138 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-313 de 29 de mayo de 2014, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>].

139 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-258 de 6 de mayo de 2015, M. P.: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-258-15.htm>].

El imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Por su parte, el artículo 9.º del Código de Infancia y Adolescencia establece la prevalencia de los derechos de los niños y señala que:

En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

Por consiguiente, la supremacía de los derechos de los NNA es una garantía que pretende asegurar el desarrollo integral y la personalidad de los mismos. Por lo tanto, es obligación del Estado, familia y sociedad materializar este principio y brindar una especial protección.

La Carta Política colombiana de 1991 es tomada como la norma de normas, lo que “implica la imposibilidad de predicar en el orden jurídico normas que tengan un nivel superior a la Constitución”¹⁴⁰, sin embargo, la aceptación del Estado colombiano como sujeto de obligaciones en tratados, convenios y acuerdos internacionales, crea la noción de bloque de constitucionalidad, en el cual dichas obligaciones, a pesar de no encontrarse contempladas en la Carta Política, están al mismo nivel, sin superarla. Este concepto tomó fuerza y en:

numerosas sentencias, la Corte Constitucional no solo ha recurrido a esa expresión, sino que, además, esa noción le ha servido de fundamento normativo para tomar determinaciones tan importantes, como las relativas al alcance de la obediencia debida por parte de los militares, o aquellas relacionadas con la fuerza jurídica en el ordenamiento colombiano de las recomendaciones de ciertas instancias internacionales de derechos humanos¹⁴¹.

140 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-054 de 10 de febrero de 2016, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm>].

141 RODRIGO UPRIMNY YEPES. “El bloque de constitucionalidad en Colombia.

Por consiguiente, Colombia ha ratificado cada uno de los tratados internacionales sobre derechos humanos y derechos de los NNA; entre estas normativas internacionales se encuentran: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la cual se estatuye la protección del menor y el derecho que le asiste al mismo, así como a recibir cuidados y ayudas especiales; la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, que entre otras cosas refuerza los derechos que asisten a los menores frente a la sociedad, el Estado y la familia; el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales que contempla diferentes derechos que conllevan a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

En relación con los tratados y convenios que específicamente abordan los derechos de los menores y que además han sido ratificados o suscritos por Colombia se hallan los Convenios de La Haya relativos a la Protección del Niño, las Convenciones Interamericanas sobre: la Restitución Internacional de Menores, el Tráfico Internacional de Menores, Obligaciones Alimentarias, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, en especial de mujeres y niños, los Convenios 138 y 182 de la OIT, la Recomendación n.º 90, que la complementa sobre las peores formas de trabajo infantil, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en el conflicto armado, entre otros¹⁴².

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, aprobada como parte del ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 12 de 1991, en este cuerpo normativo se manifiesta la existencia el interés superior del menor. Este instrumento reviste especial importancia, ya que para el 2015, Somalia y Sudán del Sur lo ratifican, siendo este “el instrumento internacional más ampliamente ratificado de la historia; en efecto, 196 países se han convertido en Estados partes en la Convención. Hasta la fecha, solamente los Estados Unidos no la

Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, *De-justicia*, 12 de diciembre de 2005, disponible en [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf].

142 Organización de los Estados Americanos, disponible en [http://www.oas.org/dil/esp/derecho_de_familia_red_de_cooperacion_colombia_sustantiva.htm].

han ratificado”¹⁴³. En particular, este instrumento ejemplifica el avance respecto a la normativa relacionada con protección de menores a nivel mundial.

A partir de lo anterior, se evidencia el avance que ha tenido esta temática en un siglo, desde la inexistencia misma de mecanismos para proteger a los menores, hasta la creación de instrumentos internacionales ampliamente ratificados para su protección.

En el campo de la normatividad internacional, cabe hacer alusión, a la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, al interior de cuyo artículo 34, literal c, se comprometen los Estados signatarios a adoptar todas las medidas nacionales y multilaterales pertinentes para impedir y eliminar la explotación de NNA en espectáculos o materiales de tipo pornográfico.

Resaltando en sentido similar el Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, firmado en Nueva York el 25 de mayo de 2000, de acuerdo con el cual se establecen criterios para la sanción, incautación de material y el cierre de espacios utilizados en la cadena del tráfico de la pornografía infantil, así como la explicitación de la obligación en cabeza de los Estados de propugnar por la protección del interés y derechos del menor en todas las fases del proceso, mencionando que en caso de existir una duda entorno a la edad de la víctima se deberá seguir adelante con la investigación.

Debiendo adicionarse a los suscitados instrumentos internacionales los siguientes:

1. El programa de Acción Mundial contra la explotación Sexual Infantil -aprobado en Estocolmo en agosto de 1996 en el marco del I Congreso Mundial contra la Explotación de los Niños- en el cual se contempla que todos los Estados deben adoptar medidas encaminadas a luchar contra la pornografía infantil, criminalizando inclusive la mera posesión.
2. Las recomendaciones realizadas en el marco del Congreso de Lyon de mayo de 1998, entre las cuales se cuenta la necesidad de esta-

blecer una edad límite para la conceptualización de la minoría de edad en lo relativo a la comisión de la pornografía infantil, así como la necesidad de una ley tipo y la creación de software encaminados a la detención y persecución de dicha conducta. Siendo estas recomendaciones reiteradas en conjunto con la necesidad de una política de tolerancia cero frente al delito de pornografía infantil en el marco de la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en Internet, celebrada en Viena en 1999.

Cabe resaltar al interior de los esfuerzos internacionales en la lucha contra la pornografía infantil, el Convenio de Budapest sobre cibercriminalidad, adoptado el 23 de noviembre de 2001 en la capital de Hungría, en el caso de Colombia, este fue aprobado por parte del legislador en Ley 1928 de 2018, la cual después de control constitucional fue declarada exequible por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-224 de 2019, en detalle su importancia radica en el contenido de su artículo 9.^{o144}, una serie de disposiciones sobre los delitos relacionados con el contenido cibernético relativas al fenómeno en análisis.

144

“Artículo 9.º - Delitos relacionados con la pornografía infantil: 1. Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno la comisión deliberada e ilegítima de los siguientes actos:

- a. La producción de pornografía infantil con vistas a su difusión por medio de un sistema informático;
 - b. La oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil por medio de un sistema informático;
 - c. La difusión o transmisión de pornografía infantil por medio de un sistema informático;
 - d. La adquisición de pornografía infantil por medio de un sistema informático para uno mismo o para otra persona;
 - e. La posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un medio de almacenamiento de datos informáticos.
2. A los efectos del anterior apartado 1, por pornografía infantil se entenderá todo material pornográfico que contenga la representación visual de:
- a. Un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
 - b. Una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita;
 - c. Imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.

Por otro lado, del ordenamiento jurídico subyace normas internas como la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), a la hora de brindar la protección reforzada de los menores y en particular establece en el artículo 20 que:

Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra: 1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención. 2. *La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona.* Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad. 3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización. 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, *la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.* 5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre. 6. Las guerras y los conflictos armados internos. 7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley. 8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria. 9. La situación de vida en calle de los niños y las niñas. 10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin. 11. El desplazamiento forzado. 12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la edu-

3. A los efectos del anterior apartado 2, por menor se entenderá toda persona menor de 18 años. No obstante, cualquier Parte podrá establecer un límite de edad inferior, que será como mínimo de 16 años.

4. Cualquier Parte podrá reservarse el derecho a no aplicar, en todo o en parte, las letras d) y e) del apartado 1, y las letras b) y c) del apartado 2”.

cación. 13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT. 14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida. 15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia. 16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. 17. Las minas antipersonales. 18. La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual. 19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos (*cursiva propia*).

Del mismo modo, los legisladores han abordado problemas específicos y relevantes para brindar un íntegro amparo a la niñez y lo han consagrado en un amplio número de leyes, así por ejemplo la Ley 65 de 1993 contiene la expresa prohibición de recluir a los menores en cárceles, la Ley 124 de 1993 sanciona a las personas que expendan bebidas embriagantes a menores de edad, la Leyes 300 y 309 de 1996 dan prioridad a los niños en cuanto a los derechos a la recreación y salud, la Ley 515 de 1999 por la cual el Estado se compromete a seguir tomando acciones para la lucha contra el trabajo de los infantes, a su vez la Ley 470 de 1998 obliga a “adoptar medidas eficaces, conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores”, entre otras.

Ahora bien, en cuanto a leyes que particularmente se enfocan en el derecho a la integridad moral y sexual de los NNA, se encuentra la Ley 679 de 2001 que “tiene por objeto dictar medidas de protección contra la explotación, la pornografía, el turismo sexual y demás formas de abuso sexual con menores de edad”; la Ley 704 de 2001, la cual contempla “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas” como una de las peores forma de trabajo infantil; la Ley 1799 de 2016, por su parte abordó la problemática sobre procedimientos médicos y quirúrgicos estéticos para menores de edad mediante la cual sanciona a quienes promocionen este tipo de procedimientos, “usen modelos menores de edad en campañas de promoción de cirugías estéticas, consultorios y clínicas de cirugía estética”, de acuerdo a la precitada norma.

Así mismo, la Ley 765 de 2002 incorpora a la legislación colombiana el protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, su articulado integra la Ley 12 de 1991 o Convención de los Derechos del Niño toda vez que llenar el vacío jurídico existente en el derecho internacional público sobre la materia. Así pues, en el desarrollo del protocolo se estipula la vehemente preocupación por la creciente trata de menores a fin de venderlos, prostituirlos o utilizarlos en creación de material pornográfico, del mismo modo se interponen medidas para combatir las mismas.

Es evidente que desde hace tiempo y en diferentes contextos culturales, se presenta un interés u obsesión sexual de algunos adultos por los niños, lo que conlleva al permanente mercado de material pornográfico y a su vez el esfuerzo de la comunidad internacional por combatirlo, a través de los diferentes instrumentos señalados antes, Colombia ha asumido compromisos internacionales sobre el tema, sin embargo daremos paso a la tipificación penal de estas conductas, específicamente el tipo penal de pornografía infantil. A su vez, es pertinente mencionar, tal y como lo afirma CAMPBELL¹⁴⁵ que es necesario establecer una graduación de la pena en torno al delito de pornografía infantil, pues dista del principio de proporcionalidad el hecho de aplicar la misma pena a un productor que a un consumidor.

II. PORNOGRAFÍA INFANTIL: ARTÍCULO 218 DEL CÓDIGO PENAL

¡La insensatez de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror!

FRANCESCO CARRARA

Un millar de errores de todo tipo se evitarían si la gente no basará sus conclusiones sobre premisas suministradas por

145 LEVIN H. CAMPBELL. "United States v. Robert P. Deane, 914 F.2d 11 (1st Cir. September 10, 1990) (1990 U.S. App. LEXIS 15797)", *Federal Sentencing Reporter*, vol. 3, n.º 6, purposes at sentencing, 1991, pp. 320 a 322.

los demás, tomar como un hecho establecido lo que es solo posibilidad, o como un incidente constantemente recurrente lo que solo se ha observado una vez.

GROSS

El Estado como propietario del monopolio del uso legítimo de la fuerza, cuenta con la facultad de sancionar a los ciudadanos, el llamado *ius puniendi*, esta función la realiza bajo la tutela de sus propios ciudadanos y las reglas que el órgano legislador ha preceptuado, es así como las sanciones impuestas por el Estado se desarrollan dentro del marco definido por la Ley 599 de 2000, el actual Código Penal colombiano.

Así como la protección de los NNA, descrita con anterioridad, se desprende desde el nivel constitucional y comprende la integración de las normas internacionales adoptadas por Colombia, la aplicación de sanciones en materia penal, se desarrolla con sujeción a principios y normas de nivel superior, es así como el artículo 1.º del Código Penal, expresa que: “El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”¹⁴⁶ y su artículo 2.º, establece el parámetro respecto a la integración:

Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código¹⁴⁷.

Con lo cual las condiciones de protección a los NNA, ya descritas dentro de instrumentos internacionales, se encuentran consideradas en el clausulado penal. Esto reviste importancia en la medida en que a nivel internacional, es cada vez más congruente el sistema penal de diferentes países, lo que permite ampliar el marco general de protección no solo de los NNA, sino de todo tipo de conductas. Ya que, según los intereses de cada sociedad, se establecen determinados bienes jurídicos a proteger, siendo evidente que existen múltiples hechos y conductas que son consideradas sancionables o no, en diferentes países.

146 Ley 599 de 2000, cit., art. 1.º.

147 Ibíd., art. 2.º.

En el caso de Colombia, uno de los bienes jurídicos a proteger es la libertad, integridad y formación sexuales, con lo cual se buscó sancionar los actos que atenten contra la libertad sexual, es decir se busca realizar sobre el cuerpo de la víctima o que el cuerpo de la víctima soporte actos no consentidos por parte del agresor.

Siendo los NNA sujetos que no pueden auto determinarse en el ámbito sexual, la legislación colombiana no les ha otorgado la capacidad de dar consentimiento de manera válida. Por lo que existe la presunción de inexistencia del consentimiento en menores de 14 años, la cual no admite prueba en contrario.

De manera que la regulación penal busca la protección del normal desarrollo físico, sexual y psicológico de los NNA, el cual podría verse afectado como consecuencia de advertirse inmersos o ser objeto de actos de tipo pornográfico.

Es así que el Código Penal colombiano, establece en su artículo 218, la prohibición taxativa de toda forma o alusión a la pornografía infantil, siendo la literalidad de dicho enunciado:

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

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

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

La literalidad del enunciado penal, evidencia que el principal objetivo que se persigue es castigar la explotación de menores en la realización de contenido pornográfico. La creación de este tipo penal, al igual que el de los demás tipos penales del Código Penal, presenta un desarrollo doble, por una parte, se encuentra el papel que juega el legislador en la creación del tipo penal, es decir la materialización del interés del Estado, por otra parte, la actividad que realiza el juez penal, como encargado de la aplicación de dicho tipo.

Este tipo penal, al igual que los demás, posee un aspecto objetivo que es entendido como “todo lo externo material, o sea todo aquello que es susceptible de ser percibido por los sentidos o dicho en palabras más coloquiales lo que ocurre fuera de la mente del sujeto”¹⁴⁸ y otro aspecto subjetivo “lo subjetivo en la teoría del delito se entiende también que es todo aquello que ocurre dentro de la mente del sujeto o sea el tránsito mental del sujeto al realizar la conducta”¹⁴⁹.

Así las cosas, abordaremos en primer lugar, el aspecto objetivo y al descomponer el tipo penal en sus elementos básicos, es posible determinar que la descripción del mismo posee una relación entre los sujetos, activo y pasivo. El sujeto activo monosubjetivo, que implica que basta con un sujeto activo para que se configure el tipo, es a su vez indeterminado, es decir que no se requiere una característica particular, el texto dice “el que” en tanto cualquier individuo puede incurrir en la realización del mismo, sin que se predique la concurrencia necesaria de alguna circunstancia o condición jurídica específica.

Por su parte, el sujeto pasivo, quien es el titular del bien jurídico tutelable, se determina a partir de la expresión “que involucre persona menor de 18 años de edad”, es posible afirmar que el tipo penal en análisis establece un sujeto pasivo de tipo calificado en virtud de la edad, que es titular de una protección jurídica especial en aplicación de los postulados de los artículos 44 y 45 constitucional, mencionados con anterioridad.

Con relación al bien jurídico tutelado u objeto jurídico, es pertinente remitirse al título al cual pertenece el tipo penal objeto de estudio, así el Título iv “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales” indica que la pornografía con personas menores de 18 años procura la protección de la libertad, integridad y formación sexual en este caso de los niños niñas y adolescentes. Así mismo, cabe anotar que entre otras clasificaciones, este delito es pluriofensivo ya que tutela más de un bien jurídico, es decir que para la configuración del mismo se exige la acreditación de la lesión de todos los bienes jurídicos, el establecimiento del contenido del tipo normativo en que se ven

148 HAROLD VEGA ARRIETA. “El análisis gramatical del tipo penal”, *Justicia*, vol. 21, n.º 29, 2016, disponible en [<https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/773>], p. 57.

149 Ídem.

afectados en el proceso de producción del material encaminado a la producción de excitación en un tercero¹⁵⁰.

Al respecto:

La incriminación que el Código Penal pone en evidencia consiste en que el tipo penal dejó de ser un atentado al pudor público para erigir en objeto de su protección al normal desarrollo psíquico y sexual de menores de dieciocho años, el que se puede ver alterado como consecuencia de intervenir estos menores en actos o espectáculos de carácter pornográfico [...] [El objeto de la prohibición es reprimir la explotación de menores de 18 años]. Este objeto primario se tiene en cuenta en el entendido de que es un sentimiento medio de la decencia sexual, es decir, del sentimiento que pone límites a las manifestaciones de lo sexual que se pueden hacer a terceros al margen de las relaciones de carácter privado¹⁵¹.

Por otro lado, cuando se habla de la conducta como otro elemento del tipo normativo, es necesario entender que dentro de ella se encuentran los verbos, las circunstancias y las estructuras como sub-elementos del mismo, por consiguiente, abordaremos en primer lugar los verbos, tanto rectores como complementarios. Los verbos rectores, como indica su denominación, son los que rigen o dirigen la orientación y el sentido de la oración gramatical, en consecuencia a que contiene 13 verbos rectores (fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba) el tipo se denomina tipo penal compuesto y disyuntivo, en tanto, los mismos se presentan unidos mediante la partícula “o” y no se requiere la realización de todos para la comisión de la conducta típica.

Presentándose, además en la expresión “para uso personal o intercambio” dos verbos complementarios, cuya función es dotar de sentido o clarificar el marco de materialización de la pauta normativa al constituirse como elementos o ingredientes especiales de tipo subjetivo. Es posible afirmar que nos encontramos frente a un tipo penal frente al cual no es posible afirmar su autonomía en sentido pleno,

150 CARLOS CREUS, cit. en EDGAR ESCOBAR LÓPEZ. *De los delitos sexuales*, Bogotá, Leyer, 2013, p. 531.

151 Ídem.

pues se requiere del análisis de otras disposiciones y la interpretación de su contenido para su particularización, pero tampoco puede ser considerado como un tipo penal en blanco, toda vez que el alcance de la disposición no se encuentra dado en sí por otra disposición normativa.

Así mismo, es necesario aclarar en alusión a la jurisprudencia de la Corte Suprema que el objeto material de la conducta está dado por “las representaciones *reales* de actividad sexual”^{152,149} y por tanto, es pertinente aclarar que el material pornográfico debe:

1. Contar con un componente objetivo, dado por la sexualidad de la representación, requiriendo por tanto que la representación sea catalogada de dicha forma bajo la óptica del común de los observadores; y
2. Encontrarse encaminado a la búsqueda de la excitación sexual, teniendo por lo tanto una finalidad objetiva en la representación en sí misma considerada con independencia de las intenciones de quien fábrica o hace uso del material¹⁵³.

Es así que:

La naturaleza “pornográfica” constituye el elemento normativo del tipo penal, puesto que se trata de una circunstancia para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración cultural. El giro lingüístico mencionado -pornográficas- ha sustituido la voz “obscenos”, con la cual se califican las imágenes y objetos a los que aludía [...] Según NÚÑEZ, el tema o la imagen no es obscena porque su objeto sea de índole sexual. Lo es, si es lujurioso. Es tal si su tendencia predominante es la de excitar los apetitos sexuales o la de hacer la apología de la lasciva, debiendo encontrarse esa tendencia -según el autor- en la obra, en su espíritu “pornográfico”, por su parte, y según ponen de resalto PAN-

152 Cursivas propias.

153 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SP-102 de 7 de febrero de 2018, M. P.: JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, disponible en [[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scp_sp102-2018\(44074\)_2018.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scp_sp102-2018(44074)_2018.htm)].

DOLFI y GAVIER no reviste mayores diferencias de significado con el término “obsceno”, según la información que aporta el Diccionario de la lengua española¹⁵⁴.

Del mismo modo, la estructura típica de la conducta se presenta como una estructura de acción, que requiere un elemento necesario de dolo para su configuración, en términos de la legislación penal, “el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”¹⁵⁵, en tanto se requiere de la realización de uno de los verbos rectores.

Ahora, es cierto que para algunos autores como PECAREVIC es posible concebir la realización culposa del tipo penal frente a los verbos rectores de porte o almacenamiento, dada su significación jurídica; y, sin embargo, debemos sostener aquí que la expresión “para uso personal o intercambio” excluye esta posibilidad y obliga la necesaria concurrencia de un querer en cabeza del infractor (*mens rea*), así como la materialización de las fases que componen la *iter criminis*. Como también es necesario el conocimiento por parte del autor del delito de la edad del sujeto pasivo de la conducta, toda vez que siendo la edad del sujeto pasivo un elemento integrante del tipo penal, el error acerca de este punto, evita la configuración del punible.

El desarrollo de un delito, ha sido dividido en cinco etapas por la gran mayoría de la doctrina penal, a saber, estas son la *ideación*, que corresponde a la mera imaginación o pensamiento de la persona, esta etapa no es considerada como sancionable, en relación al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, (nadie es penado por su pensamiento), la materialización de un delito se encuentra en la siguiente etapa, los *actos preparatorios*, los cuales son necesarios para la realización de la conducta, corresponde a la obtenido de materiales, contacto, acuerdos, etc., sin embargo estos no son penables a menos que sean considerados en sí mismo delitos¹⁵⁶, prosiguen los *actos de ejecución*, que son el desarrollo mismo de la conducta sancionable, y es en este punto en el cual se puede presentar una situación de tentativa del tipo penal, cuando el sujeto inicia “la ejecución de una conducta punible me-

154 ESCOBAR LÓPEZ. *De los delitos sexuales*, cit., p. 534.

155 Ley 599 de 2000, cit., art. 22.

156 Es el caso del artículo 186 del Código Penal colombiano, “Concierto para delinquir”, en el cual varias personas se conciertan para la comisión de delitos, y serán penadas solo por este hecho.

dian­te actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y esta no se pro­du­jere por circunstancias ajenas a su voluntad”¹⁵⁷; a continuación se presenta la *consumación del tipo*, la consecuencia de culminar los actos de ejecución que generan un resultado pleno, por último se encuentra la fase de *agotamiento*, en la cual se ha generado un resultado de manera permanente.

Respecto a las etapas del delito contemplado en el artículo 218 del Código Penal, es posible pensar en un escenario de tentativa del tipo:

Así, por ejemplo, si habiendo comenzado la ejecución del delito mediante la colocación en pose de los menores para obtener sus imágenes, no se logra la consumación, con la creación de estas, por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, como la sorpresiva llegada de la autoridad policial¹⁵⁸.

En el caso anterior, es posible considerar la tipificación de la conducta dentro de lo establecido en el artículo 209 del Código Penal, es decir actos sexuales con menor de 14 años, “el que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años”¹⁵⁹.

O en el caso de encontrarse entre los 14 y 18 años, lo contemplado en el artículo 206 del Código Penal, es decir acto sexual violento, “el que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años”¹⁶⁰.

Sin embargo, respecto a la sanción de los actos de tipo preparatorio de esta conducta, podría enmarcarse en lo preceptuado en el artículo 210-A del Código Penal, acoso sexual:

El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o eco-

157 Ley 599 de 2000, cit., art. 27.

158 ESCOBAR LÓPEZ. *De los delitos sexuales*, cit., p. 536.

159 Ley 599 de 2000, cit., art. 209.

160 *Ibíd.*, art. 206.

nómica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona...

Conducta recién introducida en el ordenamiento colombiano, en el 2008 con la Ley 1257, a pesar de que su principal objetivo es la protección de los derechos de las mujeres, en ámbitos como el laboral, es tipificable en ella conductas tendientes a la comisión del artículo 218 del Código Penal.

Lo anterior debido a que no existe en el ordenamiento colombiano, un tipo penal específico respecto a conductas como el *grooming*, ante el cual, y del riesgo que representa esta conducta antes descrita, se encuentra en la legislación peruana un ejemplo a considerar en el manejo de este tipo de conductas.

En la República del Perú, mediante la Ley n.º 30096 del 22 de octubre de 2013, se emitió la Ley de Delitos Informáticos, la cual incluye un tipo penal denominado “Delito Informático contra la Indemnidad y Libertad Sexuales en la modalidad de Propositiones a Niños, Niñas y Adolescentes con Fines Sexuales por Medios Tecnológicos”, este es:

Artículo 5.º. Propositiones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos. El que, a través de internet u otro medio análogo, contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para llevar a cabo actividades sexuales con él, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 36 del Código Penal. Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los numerales 1, 2 y 4 del artículo 35 del Código penal¹⁶¹.

161 Ley n.º 30096 de 22 de octubre de 2013, *Diario Oficial El Peruano*, n.º 12.627, de 22 de octubre de 2013, disponible en [<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30096.pdf>], modificada por la Ley n.º 30171 de 10 de marzo de 2014, *Diario Oficial El Peruano*, n.º 12.780, de 10 de marzo de 2014, disponible en [<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30171.pdf>].

Como se evidencia, estos esfuerzos regulatorios comprenden la consideración como delito en sí mismo a los actos preparatorios de otros tipos penales, y obedecen al número creciente de casos de *grooming*.

Debe mencionarse que el tipo penal de pornografía infantil incluye una circunstancia específica de agravación para aquellos casos en que la ejecución de los verbos rectores se encuentre a cargo de un sujeto “calificado” por una relación familiar.

Ahora bien, entre las normas que complementan la aplicación del artículo 218 del Código Penal colombiano, así como la lucha contra la pornografía infantil, cabe resaltar la Ley 679 de 2001 y el Decreto 1524 de 2002. Que tiene como finalidad expedir un “estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución” estatuye en su artículo 4.º la creación de una comisión de expertos encaminada a la sistematización de las conductas y materiales virtuales que podrían repercutir en vulneraciones a los derechos de los menores, así como una serie de prohibiciones en el artículo 7.º, entre las cuales se cuentan, siguiendo la literalidad del artículo:

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

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

Alojar en su propio sitio vínculos o links, sobre sitios telemáticos que contengan o distribuyan material pornográfico relativo a menores de edad.

Estableciendo así mismo dicha normatividad en su artículo 8.º una serie de deberes u obligaciones en cabeza de los proveedores de internet, así como de todos los residentes de la nación, así como sanciones administrativas al incumplimiento de los mismos en su artículo 10.º. De igual forma contempla la citada disposición normativa una serie de medidas penales en su Capítulo VII, aparte que comprende los artículos 33 a 35, el primero de los cuales complementa el artículo 303 del Código Penal colombiano, adicionando el artículo 34, el artículo

312A “utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores al Código Penal” y el 35, el artículo 312B “omisión de denuncia” al mismo Código.

Por su parte, el Decreto 1524 de 2002 en desarrollo del contenido de la Ley 679 de 2001, en especial del artículo 5.º, busca 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 [...] así mismo a propender para que estos medios no sean aprovechados con fines de explotación sexual infantil u ofrecimiento de servicios comerciales que impliquen abuso sexual con menores de edad (art. 1.º).

Este, establece en su artículo 2.º un conjunto de definiciones que dotan de sentido al contenido, tanto del artículo 218 de la Ley 599 de 2000, como a todas las normas concordantes, resaltando en el numeral 2 la definición de pornografía infantil, de acuerdo con la cual se entiende 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”.

Esta disposición normativa, establece en su artículo 6.º una serie de medidas técnicas encaminadas a la protección del menor, así como al seguimiento y prevención del delito de pornografía infantil, complementando el contenido de dicho artículo con el establecimiento de una serie de medidas administrativas contempladas en el artículo 7.º y el proceso de implementación de las mismas en el artículo 8.º; dotando de obligatoriedad a las mismas al establecer en el artículo 9.º el conjunto de sanciones administrativas a las cuales se verán sometidos los proveedores, servidores y usuarios al incumplir con el contenido de la disposición analizada, abarcando estas sanciones desde el pago de un multa de hasta 100 salarios mínimos legales vigentes, y la “cancelación de la correspondiente página electrónica”.

Por otro lado, es pertinente abordar las leyes que modificaron el tipo penal de pornografía con menores de 18 años y para ello es necesario citar los textos anteriores y así evidenciar los cambios hechos por el legislador:

Modificación Ley 1236 de 2008	Modificación Ley 1336 de 2009
Pornografía con menores. El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión de diez a 14 años y multa de 133 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima. Para efectos de determinar los miembros o integrantes de la familia habrá de aplicarse lo dispuesto por el artículo 35 y siguientes del Código Civil relacionados con el parentesco y los diferentes grados de consanguinidad, afinidad y civil.	Pornografía con personas menores de 18 años. El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad, incurrirá en prisión de diez 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.

Fuente: elaboración propia a partir de la Ley 1236 de 2008 y Ley 1336 de 2009.

La ley 1236 de 2008 “por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual”, mediante el artículo 12 modifica el marco punitivo del tipo penal en cuestión ya que pasa de encontrarse entre los seis a ocho años, a los diez a 14 años y la multa de 100 a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a 133 y 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por su parte, la Ley 1336 de 2009 “por medio de la cual se adiciona robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes”, adiciona mediante su artículo 24 al artículo 218 los verbos rectores de: producción, grabación, divulgación, posesión, porte, almacenamiento y transmisión; modificando así mismo esta disposición normativa el *quantum* de la pena, que pasa de encontrarse entre los diez a los 14 años a los diez a 20 años en el nuevo artículo y la multa de 133 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Añade también esta disposición normativa la expresión en “igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet, con o sin fines de

lucro”¹⁶². Así mismo, la norma contempla entre otras disposiciones, en el artículo 3.º una adición al artículo 10.º de la Ley 679 de 2001, a través de la cual se otorgan competencias al Ministerio de Comunicaciones para exigir que los proveedores de internet toda información relativa a la implementación de la suscitada ley.

En relación con el aumento punitivo del artículo 218 y otros que fueron modificados por la misma ley, CITA y GONZÁLEZ señalan que “resultaba necesario debido a los efectos nocivos de la benignidad del ordenamiento jurídico ante el fenómeno de los delitos sexuales contra menores, puesto que, como se podía observar en los medios de comunicación, en los últimos años las denuncias iban en aumento”¹⁶³.

III. ESTANDARIZANDO EL CONTENIDO DE LA PORNOGRAFÍA INFANTIL

Creo en todo hasta que se desmiente. Por eso creo en las hadas, los mitos, los dragones. Todo existe, incluso si está en tu mente. ¿Quién puede decir que los sueños y las pesadillas no son tan reales como el aquí y el ahora?

JOHN LENNON

Dentro de los procesos judiciales y de forma particular en el proceso penal de naturaleza acusatoria, las pruebas juegan un papel fundamental en torno a la decisión judicial. Después de todo, esta no solo cumple la función de respaldar o comprobar la “teoría jurídica” de las partes, sino que también permite establecer la “verdad” de los hechos

162 Al interior del marco jurídico en Colombia para prevenir el ESCNNA se debe igualmente destacar que “el Ministerio de Comercio Industria y Turismo ha promulgado un Código de Conducta (Resolución 3840 de 2009) que debe ser suscrito y adoptado por todos los prestadores de servicios turísticos, en cumplimiento de la Ley 1336 de 2009, ley con la cual se robusteció la Ley 679 de 2001, para ‘luchar contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niñas, niños y adolescentes en territorio colombiano’”. TIRADO ACERO. *Comercio sexual, una mirada desde la sociología jurídica*, cit., p. 17.

163 Gaceta del Senado n.º 243 de 2006, cit. en RICARDO ANTONIO CITA TRIANA e IVÁN GONZÁLEZ AMADO. *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017, p. 100.

afirmados por las partes en tanto construcción narrativa. Presentándose como un factor central en la teoría del caso, tratándose de procesos por pornografía infantil, la determinación de la carga o contenido sexo pornográfico del material en el que participa el menor; en tanto constituye el núcleo de la prohibición que ha sido transgredida por el acusado. De allí que sea pertinente analizar y estandarizar los criterios para la determinación de qué es y que no pornografía infantil.

Sin perjuicio de lo cual debe mencionarse que en muchas circunstancias se requiere establecer la edad clínica de un sujeto para determinar con precisión las competencias jurídicas, la tipificación de delitos y eventuales agravantes punitivos en delitos sexuales, o dentro del contexto de algunas situaciones administrativas, como por ejemplo, la obligatoriedad del registro civil como derecho fundamental a gozar de una existencia jurídica [...] De tal modo, dentro de la investigación de los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana, se requiere establecer la edad de la víctima aunque tenga documentación, cuando se encuentra alrededor de los 10, 12, 14 y 18 años, pues constituyen circunstancias de agravación punitiva o de tipificación del hecho, dada la calificación del sujeto pasivo¹⁶⁴.

Retornando al análisis de la estandarización de lo que es susceptible de ser considerado como pornografía infantil, debe recurrirse en un proceso de reconstrucción histórica, a la alusión a los diversos test de obscenidad que con el paso del tiempo fueron utilizados para delimitar el concepto de pornografía desde lo jurídico. Así, en un primer momento y hacia 1868, se estableció en el test de Hicklin, una categorización de acuerdo con la cual se considera obsceno todo material con la capacidad de depravar o corromper aquellas mentes abiertas a su influencia inmoral, sin atención al mérito artístico o literario que pudiese tener, siendo este adoptado por la función judicial norteamericana hacia 1896 en el caso *Rosen v. United States*, permaneciendo vigente hasta que en 1957, en el caso *Roth v. United States*, la Corte

Suprema estableció una delimitación mayor al concepto al afirmar que será obsceno todo material cuyo contenido central al ser apreciado por una persona promedio en aplicación de estándares comunitarios contemporáneos evidencie un interés excesivo en incentivar la sexualidad de otros; siendo delimitado este criterio para la determinación de la obscenidad en el caso *Memoirs v. Massachusetts* (1966) al establecerse como requisito la “patente ofensividad” del contenido y la falta de “valor social” del mismo¹⁶⁵.

Asumiendo su forma final, el test de obscenidad -tal y como sería aplicado a los casos pornográficos- en el caso *Miller v. California* (1973), estableciéndose a través del test Miller que para que una determinada obra o material esté sujeta en virtud de su obscenidad al control estatal, se requiere que se cumpla cuando menos con uno de los siguientes elementos:

1. Que la persona promedio, aplicando estándares contemporáneos de la comunidad, encuentre que el trabajo, tomado como un todo, hace alusión a intereses sexuales explícitos o alude a la inducción al sexo.
2. Cuando el trabajo analizado describe o expone de forma patente-mente ofensiva conductas sexuales o funciones escrotales de acuerdo con las leyes aplicables de los Estados.
3. Cuando el trabajo, tomado como un todo, carezca de valor o seriedad literaria, artística, política o de valor científico.

Apreciándose la relevancia de dicho test a partir de su aplicación en el caso de la Suprema Corte *Ashcroft v. Free Speech Coalition*¹⁶⁶ a partir del cual se eliminaron dos previsiones de la CPPA relativas a la pornografía infantil en virtud de la ausencia de obscenidad o vulneración ostensible a los bienes jurídicos del menor, resaltando la eliminación a la criminalización de las representaciones virtuales de menores desnudos por considerar dicha corporación que la misma limitaba de forma desproporcionada la libertad de expresión en un contexto artístico. Así

165 EGGESTEIN y KNAPP. “Fighting child pornography: a review of legal and technological developments”, cit.

166 RUSSELL. “Pedophiles in wonderland: censoring the sinful in cyberspace”, cit.

mismo, estableció en dicho fallo la Corte Suprema -pese a afirmar que los esquemas para la regulación de este fenómeno deben ser producidos por los Estados- que pueden ser censuradas bajo esta consideración, entre otras, las siguientes conductas en las que se encuentren inmiscuidos menores: 1. Representaciones explícitamente ofensivas o descripciones de actos sexuales, normales o perversos, reales o simulados; 2. Representaciones patentemente ofensivas o descripciones de masturbación, funciones escrotales y exhibición de los genitales¹⁶⁷.

Resalta a la vista la relación intrínseca de estos test o criterios con las características necesarias de las cuales ha revestido la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal a la consideración de un determinado material como pornografía infantil, a saber: 1. Que la representación cuente con un carácter sexual explícito bajo la óptica de un observador común y con independencia de la intención original¹⁶⁸.

Adicional a ello, se han propuesto alrededor del mundo escalas con la finalidad de determinar la gravedad del delito de pornografía infantil para el establecimiento de agravantes al tipo basados en el contenido del material pornográfico. Entre estas escalas resaltan principalmente tres, a saber: la escala COPINE (Combating Paedophile Information Networks in Europe), la escala Sentencing Advisory Panel o SAP (que sería reemplazada en 2014 por la Sexual Offences Definitive Guideline) y la escala canadiense de calificación.

La primera de estas, desarrollada en la Universidad de Cork por el Departamento de Psicología, fue creada originalmente con fines terapéuticos, pero dada su utilidad se adaptó para su uso en investigaciones policiales por la unidad de pedofilia de la policía de Londres hacia 1999. Esta, se encuentra compuesta por diez niveles diferentes que se corresponden con los diferentes grados de victimización del menor, siendo el 1 el menos grave y el 10 el peor, sin que necesariamente sea necesaria la concurrencia del elemento obsceno en ellos.

Niveles	Descripción
1	“Indicativo: imágenes no eróticas y sin carácter sexual
2	Nudista: imágenes de niños desnudos o semidesnudos en lugares apropiados y de fuentes legítimas
3	Erótica: imágenes furtivas de niños desnudos o en ropa interior

167 Ídem.

168 Sentencia SP-102 de 2018, cit.

4	Poses: poses deliberadas de niños desnudos o semidesnudos, sugiriendo por el contexto o la organización un interés sexual
5	Poses eróticas: poses sexuales o provocativas realizadas de forma deliberada
6	Poses explícitamente eróticas: imágenes otorgando especial énfasis en los genitales
7	Actividad sexualmente explícita: imágenes de contenido sexual entre niños, sin la participación de un adulto
8	Abuso: imágenes de actividades sexuales con la participación de un adulto
9	Abuso extremo: imágenes de actividades sexuales con penetración incluyendo a un adulto
10	Sadismo y bestialismo: imágenes de actividad sexual que implican dolor o incluyendo animales que se encuentran implicados en actividades sexuales con el niño

Fuente: tomado de las escalas mencionadas por MAX TAYLOR, ETHEL QUAYLE y GEMMA HOLLAND. "Child pornography, the internet and offending", *Isuma - Canadian Journal of Policy Research*, vol. 2, n.º 2, 2001, pp: 94 a 100.

Por su parte, la SAP elaborada en el Reino Unido en 2002 con la finalidad de establecer el grado de obscenidad de las imágenes involucrando a menores, a partir del caso *Regina v. Oliver*, tiene una finalidad claramente judicial de índole decisorio y se compone de cinco niveles, tal y como se establece en la imagen anexa.

Niveles	Descripción
1	Imágenes contentivas de poses eróticas sin contenido sexual explícito
2	Imágenes contentivas de actividad sexual sin penetración entre niños o masturbación, bien sea propia o entre dos menores de edad
3	Imágenes contentivas de actividad sexual entre menores y/o adultos sin penetración
4	Imágenes contentivas de actividad sexual entre menores y/o adultos con penetración
5	Imágenes contentivas de sadismo o bestialismo

Fuente: tomado de la escala SAP propuesta por ETHEL QUAYLE. "The Copine Project", *Irish Probation Journal*, vol. 5, n.º 2008, pp. 65 a 83, disponible en [https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/12893845/The_COPINE_Project.pdf].

Ahora bien, esta sería reemplazada en su uso judicial en abril de 2014 por la Sexual Offences Definitive Guideline –SODG–, la cual se estructuró en tres escalas para su uso judicial y tiene como finalidad permitir la determinación de la violación a los bienes jurídicos tutelados del menor, así como la escala de gravedad de dicha vulneración:

Categoría	Descripción:
A	Imágenes que involucran penetración y/o imágenes contentivas de actividad sexual con animales o sadismo
B	Imágenes que involucran actividades sexuales no penetrativas
C	Otras imágenes indecentes que no encajen dentro de las categorías A o B

Fuente: elaboración a partir de SENTENCING COUNCIL. *Sexual Offences. Definitive Guideline*, abril de 2014, disponible en [<https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sexual-offences-definitive-guideline-Web.pdf>].

Por su parte, la escala canadiense consiste en cuatro niveles, siendo el 1 el más grave y el 4 aquel donde se ubican las imágenes irrelevantes para la configuración o determinación de la tipicidad del ilícito penal. En esta escala, solo el primer nivel se corresponde con la conceptualización de pornografía infantil, mientras que el segundo hace alusión al mero desnudo infantil y los niveles 3 y 4 hacen referencia a imágenes que podrían o no guardar alguna relación, pero sin contenido sexual alguno.

A continuación, en un ejercicio de decantar las anteriores escalas, proponemos una que permita establecer y organizar el material categorizado de una forma en la que se tenga en cuenta la parafilia:

Nivel	Gravedad	Descripción
1	Inofensivo	Material contentivo de menores de edad completamente vestidos en situaciones cotidianas y sin connotación sexual alguna, sean o no de carácter artístico o familiar
2	Inofensivo	Material contentivo de menores de edad parcial o totalmente desnudos de origen legítimo y sin connotación sexual, con fines de preservación de la memoria o claramente artísticos
3	Leve	Material contentivo de menores de edad sin contenido sexual obtenido de forma ilegítima y sin ningún valor artístico

4	Leve	Material contentivo de menores de edad involucrados en actividades parafilicas no lesivas de su integridad que involucren el uso de un determinado vestuario u objeto, así como la utilización de determinadas posiciones con fines de excitación
5	Moderado	Material contentivo de actividades sexuales entre niños o masturbación propia
6	Moderado	Material contentivo de actividades sexuales sin penetración en la que participen un adulto y un niño
7	Grave	Material contentivo de actividad sexual entre niños y adultos con penetración
8	Muy grave	Material contentivo de conductas parafilicas en las cuales se explicita la realización de actividades sexuales entre menores y animales o en las cuales se aprecian torturas, actos dolosos o humillaciones innecesarias

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, debe resaltarse que las escalas antes enunciadas, particularmente la SODG, dejan librada a la subjetividad del intérprete la carga sexual de determinados actos que excluyen la penetración; y que así mismo, excluyen de su conceptualización aquellas imágenes de corte claramente parafilico, razón por la cual planteamos la anterior escala que permite establecer y determinar el grado de afectación de los bienes jurídicos tutelados del menor.

CAPÍTULO TERCERO

Función de la pena y política pública

I. EL MITO DE LA FUNCIÓN DE LA PENA

El hombre razonable se adapta al mundo: el irrazonable persiste en tratar de adaptar el mundo a sí mismo. Por lo tanto, todo progreso depende del hombre irrazonable.

GEORGE BERNARD SHAW. *Man and Superman*

Mejor es prevenir los delitos que castigarlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de la felicidad, o al mínimo de la infelicidad posible.

CESARE BECCARIA

A lo largo de la historia se ha atribuido a la sanción normativa –pena de prisión– una función de persuasión o disuasión que puede presentarse como resultado de: 1. El incremento en la certeza de la pena,

situación que puede darse a través del reforzamiento de los órganos policiales de patrulla o la agilización de los procesos judiciales, así como la terminación efectiva de estos en sentencia, y 2. Aumentando la dureza de las penas, lo cual conlleva a que los individuos valoren sus acciones en relación a los riesgos y por tanto concluyan que el riesgo de ser castigado es muy alto y por lo tanto no cometa la conducta punible¹⁶⁹; supeditándose esta valoración a un análisis de “pago” por parte de quien comete la conducta. Bajo este enfoque, la disuasión y persuasión se entorpecen bajo la aspiración preventiva del aparato jurisdiccional y el intento de controlar el comportamiento de quien acomete la conducta punible:

El argumento de la disuasión asume que la mayoría de los comportamientos, incluyendo el comportamiento criminal, son el resultado de la comparación de los actores racionales frente a los costos y beneficios de los varios cursos de acción y la selección voluntaria de la alternativa que provee el mayor margen de beneficio con relación a su costo. Si el resultado comportamental es criminal, es porque la relación de beneficios a costos por el crimen excede la de los cursos alternativos de acción¹⁷⁰.

Al respecto, ELLIS¹⁷¹ plantea que la pena aplicada a un individuo, como fuente de persuasión, frente a la potencial realización de la conducta por parte de un tercero no es más que una ilusión, en tanto en el proceso se vulneran garantías fundamentales de quien es utilizado como medio de persuasión, lo cual obedece en gran medida a dos razones:

1. La aplicación de una pena a un individuo como forma de persuadir a otro de actuar en el mismo sentido, no es más que un uso del primer individuo, esto es una cosificación contraria a derecho.

169 VALERIE WRIGHT. *Deterrence in criminal justice: evaluating certainty vs. severity of punishment*, Washington D. C., The Sentencing Project, 2010, disponible en [<https://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2016/01/Deterrence-in-Criminal-Justice.pdf>].

170 JOHN K. COCHRAN, MITCHELL B. CHAMLIN y MARK SETH. “Deterrence or brutalization? an impact assessment of Oklahoma’s return to capital punishment”, *Criminology*, vol. 32, n.º 1, 1994, p. 108.

171 ANTHONY ELLIS. “Deterrence theory of punishment”, *The Philosophical Quarterly*, vol. 53, n.º 212, 2003, pp. 337 a 351.

2. No se establecen límites aceptables de castigo. Es decir, no hay un límite máximo impuesto al castigo *per se*, lo cual se debe a la no existencia de óptimos disuasorios, conllevando al incremento desproporcionado de las penas sin función alguna.

De esta manera es posible asumir que el nivel apropiado de castigo, si nuestro interés es solo el de persuadir e ignoramos la proporcionalidad, será aquel que baste para persuadir de acuerdo con la necesidad, lo cual conlleva a una indeterminación que es insalvable, pues el nivel necesario de la pena podría ser en algunos casos muy leve o muy severo. En este sentido, el rol del castigo no es en realidad la disuasión de un tercero *per se*, sino el dotar de credibilidad a la sanción, en relación con el observador externo, sin que para todos los casos, se tenga certeza de la disuasión o la credibilidad de la sanción, ni siquiera frente al caso particular como resultado del desconocimiento de las situaciones particulares y el entorno de quien incurre en la conducta¹⁷². Al respecto, “según JAKOBS, la pena positivamente considerada es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada”¹⁷³.

Estadísticamente, parece que el efecto de persuasión es mayor en tanto mayor es la certeza de la pena y disminuye el tiempo de la misma. Esto se debe a que las personas que pasan poco tiempo en prisión, mantienen sus vínculos familiares, laborales y comunales, por lo cual tienden a reinsertarse de mejor manera a la sociedad. En contraposición a quienes pagan una pena muy larga, pues la misma les quita toda legítima oportunidad de reintegración a la sociedad y los conduce a recaer en la comisión de conductas criminales¹⁷⁴.

En este sentido, el efecto *deterrence* de la pena, presupone que los individuos de la sociedad conocen las leyes y son perfectamente conscientes de las modificaciones legales realizadas a diario¹⁷⁵. Implicando

172 Ídem.

173 GUNTER JAKOBS. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 20.

174 THOMAS ORSAGH y JONG RONG CHEN. “The effect of time served on recidivism: an interdisciplinary theory”, *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 4, 1988, pp. 155 a 171.

175 WRIGHT. *Deterrence in criminal justice: evaluating certainty vs. severity of punishment*, cit.

esta racionalidad un análisis a fondo de costos y beneficios, realizado entre varias alternativas de acción y la escogencia voluntaria de aquella que trae consigo la maximización de beneficios al mínimo costo. La persuasión en individuos racionales no suele presentarse cuando se incrementan en exceso las penas, no en tanto ese incremento conlleve a un perfeccionamiento de la conducta criminal con la finalidad de evitar la captura o una brutalización de la conducta misma¹⁷⁶.

Encontrándose el efecto de brutalización en concordancia con los postulados de BECCARIA¹⁷⁷ para quien toda ejecución “devalúa ostensiblemente la vida humana y demuestra que es correcto y apropiado matar a quienes nos han ofendido de manera grave”¹⁷⁸, de esta manera el mensaje que envía el recrudecimiento de la pena no es uno de persuasión, sino el de la legitimación de la venganza¹⁷⁹. Lo que, es más el efecto de una sanción prolongada sobre individuos con baja probabilidad inicial de reincidencia, parece presentarse como negativo al romper con el arraigo y eliminar toda posibilidad legitimidad de modificación de las pautas comportamentales¹⁸⁰.

Cabe aclarar que los sistemas normativos de índole legal se componen de reglas de dos tipos: las primarias, que regulan o establecen las obligaciones a cargo de los ciudadanos, y las secundarias, que especifican el proceso de creación, regulación o eliminación de las leyes primarias; encontrándose estas últimas ausentes en los sistemas normativos de índole social¹⁸¹. Clasificándose las normas secundarias en: 1. Reglas de reconocimiento, 2. Reglas de cambio y 3. Reglas de adjudicación. Correspondiéndole la primera con aquellas condicio-

-
- 176 COCHRAN, CHAMLIN y SETH. “Deterrence or brutalization? an impact assessment of Oklahoma’s return to capital punishment”, cit.
 - 177 CESARE BECCARIA. *On crimes and punishments*, HENRY PAOLUCCI (trad.), Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1963.
 - 178 WILLIAM J. BOWERS y GLENN L. PIERCE. “The illusion of deterrence in Isaac Ehrlich’s research on capital punishment”, *The Yale Law Journal*, vol. 85, n.º 2, 1975, pp. 187 a 208.
 - 179 COCHRAN, CHAMLIN y SETH. “Deterrence or brutalization? an impact assessment of Oklahoma’s return to capital punishment”, cit.
 - 180 PAUL GENDREAU, CLAIRE GOGGIN y FRANCIS T. CULLEN. *The effects of prison sentences on recidivism*, Canadá, Public Works and Government Services, 1999; ORSAGH y CHEN. “The effect of time served on recidivism: an interdisciplinary theory”, cit.
 - 181 HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART. *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, p. 28.

nes normativas que deben satisfacerse para que la disposición goce de validez jurídicas. Las reglas de cambio, por su parte, establecen las condiciones necesarias de un acto para incidir de forma efectiva en la transformación del ordenamiento jurídico. Por último, las reglas de adjudicación establecen condiciones normativas para la determinación del incumplimiento a las normas primarias cuando se adelanta una imputación fáctica por parte del juez.

Por lo cual es posible afirmar que la ley tiene una triple dimensión, dada por la función: expresiva, disuasiva y de internalización. Correspondiéndole cada una con un efecto de la norma en cuestión. Lo cual conlleva a que el proceso de promulgación normativa implique no solo la proclamación de una nueva obligación, sino la creación y delimitación de su sanción; y la generación de incentivos o razones para su cumplimiento; para lo cual es crucial modificar las oportunidades correlativas a la generación de incentivos; bien sea mediante la actuación estatal, bien sea mediante la de valores cívicos por parte de la sociedad.

Una vez comprendido los efectos de la norma penal en la conducta de los individuos y la dimensión social que complementa a la norma jurídica en cuestión, es necesario analizar la naturaleza de los sistemas de prevención, de acuerdo a su clasificación como “estrictos” o “suaves”¹⁸² en función del objetivo perseguido en términos de alteración de la oportunidad de delinquir (estricto), mediante el cambio al ambiente o entorno que determina las posibilidades de comisión de la conducta; o la alteración de la inclinación a la comisión de la conducta (suave) mediante la transformación de las preferencias personales de los individuos a través de programas de educación, desarrollo de los menores e inversión social. Por último, cabe mencionar que los tratamientos encaminados a modificar los incentivos existentes para la realización de conductas criminales en caso de “enfermedad mental” han demostrado, por sí solos, no generar una reducción significativa en los patrones de conducta en tanto se presenta una coexistencia de factores que obliga a un abordaje mixto de la situación con la finalidad de obtener resultados favorables.

Por último, es posible afirmar que el efecto disuasorio de las sanciones normativas puede ver disminuida o incrementada su eficacia

182 PHILIP J. COOK y JENS LUDWIG. “Economic crime control,” en PHILIP J. COOK, JENS LUDWIG y JUSTIN MCCRARY (eds.). *Controlling crime: strategies and tradeoffs*, Chicago, University of Chicago Press, 2011.

de acuerdo con las circunstancias concomitantes al sancionamiento efectivo o no de un caso, como resultado de la manifestación de al menos tres vicios de la racionalidad –esta aclaración es importante, en tanto los modelos racionales, si bien son valiosos en términos económico matemáticos, son irrealistas en términos psicológicos–, a saber el *efecto de contraste* y la *expectativa exagerada*.

El primero de estos conlleva reconocer que los individuos aumentan o reducen su percepción en torno a un determinado fenómeno, la disuasión para el caso en estudio, en función de objetos o hechos recientemente observados y contrastados. El segundo, implica que a partir de un estimado la evidencia del mundo real, resulta ser menos extrema de lo esperado, funcionando como contraparte al vicio conservador; y en este sentido, el mantenimiento del enfoque altamente punitivista es el resultado de lo que se denominaría como *semmelweis reflex*, o la tendencia a rechazar la evidencia que contradice un paradigma, en este caso el de la disuasión a través de la cárcel.

II. POLÍTICAS PÚBLICAS

De nuevo está allí el peligro, padre de la moral, el gran peligro, esta vez, trasladado al individuo, al prójimo y amigo, a la calle, al propio hijo, al propio corazón, a todo lo más íntimo y secreto del deseo de la voluntad.

FRIEDRICH NIETZSCHE. *Más allá del bien y del mal*, 1886.

La intervención del Estado centrado a dar respuesta a una problemática social concreta, se ve reflejado en diversas acciones, acuerdos e instrumentos, con la participación de diferentes autoridades públicas encaminadas a solucionar o en algunos casos a prevenir el particular, definido precedentemente como problemática.

De las diversas versiones que se contemplan entre política y políticas públicas, una posición considera que la primera es la que influye en sus lineamientos como en el logro de sus resultados, entre algunos de sus exponentes THOMAS DYE define la política pública como “lo que los Gobiernos escogen hacer o no hacer”, o HUGH HECLO, quien

señala que “la política es un curso de acción adelantado bajo la autoridad de los Gobiernos”¹⁸³.

En contraposición, se hace referencia a la autonomización de las políticas públicas, la sujeción de la *policy inheritance*¹⁸⁴, los compromisos que son asumidos con anterioridad y que son recibidos por los nuevos gobiernos, por lo que el éxito de la misma, depende de la capacidad y del conocimiento en su diseño e implementación, más no del mero ámbito decisorio de la política; lo que significa, que pese a la aplicación de lineamientos similares en diferentes países, tendrá en la práctica resultados diferentes.

Más aún, en el desarrollo del concepto de política pública es clave en el marco de su creación, la participación de diversos y múltiples actores que interactúan en su construcción social, aspecto diferenciador de otras acciones gubernamentales.

La política pública es el resultado de un proceso social, no de un mandato jurídico ni de una decisión administrativa, es por el contrario, la concreción de unos ideales que se construyen a partir de unas dinámicas sociales que requieren ser interpretadas y llevadas a una toma de decisiones capaces de ser administradas y continuamente revisadas¹⁸⁵.

La política pública a su vez es divergente de la ley, por cuanto esta última en su concepción formal, siendo un mecanismo fundamental que conlleva a ser garante de las decisiones para que tengan un ruteo, siendo empleadas por criterios que refuerzan la política, al ser de obligatorio cumplimiento, y los costos que resulta modificar la ley, son menores que ajustar el acuerdo, lo que garantiza mayor estabilidad en la implementación y consecución de la política.

183 THOMAS R. DYE. *Understanding public policy*, Nueva Jersey, Prentice Hall, 2008, p. 9; HUGH HECLLO. “Policy analysis”, *British Journal of Political Science*, vol. 2, n.º 1, 1972, pp. 83 a 108; DAVID VELÁSQUEZ GAVILANES. “Hacia una nueva definición del concepto de política”, *Desafíos*, vol. 20, 2009, pp. 149 a 187, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/433>].

184 RICHARD ROSE y PHILLIP L. DAVIES. *Inheritance in public policy: change without choice in Britain*, New Haven, Yale University Press, 1994.

185 JAIRO TORRES MELO y JAIRO SANTANDER. *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*, Bogotá, IEMP Ediciones, 2013, cit., p. 11.

En la misma medida en que iniciaron a aparecer las alertas respecto al gasto público y la efectividad de las acciones estatales dispuestas, se contempló medidas para la evaluación como otro de los criterios más relevantes de la política pública, para conocer sus resultados y validar transversalmente con el grado de su implementación, el logro del objetivo planteado. Para lo cual, se ha determinado diferentes condiciones en la configuración de la política que resulte con la culminación satisfactoria de la misma; es de destacarse la contemplada por ANDRÉ-NOËL ROTH:

1. que el programa se encuentre fundamentado en una teoría sólida,
2. que la ley o decisión política se formule sin ambigüedades y maximice la probabilidad de que los destinatarios se comporten según lo previsto,
3. que los líderes o responsables de la implementación dispongan de capacidades políticas y de gestión, además de estar comprometidos con los objetivos de la política,
4. el programa debe contar con apoyos por parte de grupos activos de electores y legisladores clave, mientras que la actitud de los tribunales debe ser neutral o favorable y por último,
5. mantenimiento de las condiciones que generaron la política pública¹⁸⁶.

Bajo esta perspectiva, se puede aseverar que la pretensión de una política pública debe conllevar a un bienestar social, económico, cultural, en el que se materialicen los derechos y haya pleno gozo y disfrute de ellos, donde la redistribución, la inclusión social y la generación de oportunidades es clave para una transformación social.

Partiendo de lo expuesto con anterioridad, en el ámbito penal se tiene que:

Para BINDER, la política criminal como instrumento del Estado implica “reconocer la mera existencia del poder

penal”¹⁸⁷; la política criminal es la administración de la violencia estatal organizada a través de la criminalización de ciertas conductas sociales. Esta concepción de la política criminal la comparte DÍEZ RIPOLLÉS¹⁸⁸, al sostener que esta es producto “de decisiones políticas previas sobre cómo debe ejercerse, y solo más tarde ese modelo se acomodará, limitadamente, a las necesidades reales de la lucha contra la delincuencia”¹⁸⁹.

Sin embargo, la política criminal en su enfoque dogmático ha resultado insuficiente, debido a la complejidad de los fenómenos criminales, los cuales deben ser abordados de forma multidisciplinaria, trasladándose a un problema de política pública.

En ciertas zonas del mundo, la pedofilia es considerada una cuestión de Estado. Lo que siempre termina por ser una razón que prima sobre cualquier otra. Valga como ejemplo el cercenamiento de las libertades de tránsito por la razón de Estado del combate contra el terrorismo. En este caso se puede decir que lo que está en riesgo son cuestiones concretas: la integridad territorial, la vida de los habitantes de una nación, sus bienes materiales, su funcionamiento social, institucional y económico.

Pero ¿qué se pone en juego en la cuestión de la pedofilia, para que incluso entre personas que no creen en la pena de muerte, esta se plantea como el único castigo acorde y justo para quienes abusaron de un niño?

187 ALBERTO M. BINDER. “La política criminal en el marco de las políticas públicas bases para el análisis político-criminal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12, 2010, disponible en [<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15236>], p. 213.

188 JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS. “Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 16, 2012, pp. 31 a 54, disponible en [<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29492>].

189 ADRIANA ROMERO SÁNCHEZ, NADIA LIZARAZO VARGAS Y LINA MARÍA CAMACHO PINZÓN. *Crimen y política pública criminal: elementos para la configuración del Observatorio de Política Criminal*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017, disponible en [<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/o/documento/CriyPolPubCri.pdf?ver=2017-06-06-094951-850>], p. 38.

... Consideremos varias respuestas en este sentido. Una tiene que ver con una idea que se aplica a todos los delitos vinculados con lo sexual: Que quienes los llevan a la práctica son irrecuperables, porque son resultado de un impulso que jamás cesa. Por ese motivo resulta una amenaza perpetua hasta que la muerte nos libre de ellos. Actualmente ni siquiera la iglesia parece creer que haya alguna terapia que recupere a un abusador, si es que la pedofilia es una enfermedad, como alguna vez planteó KRAFT-EBING. Al respecto la psiquiatría no ha tomado partido ni prescribe tratamientos específicos, ni farmacológicos ni de otra naturaleza. La única propuesta no penal que se ha propuesto es la castración química también sugerida para los violadores. Sin embargo, nadie está seguro de que el problema se solucione a nivel hormonal, así estamos otra vez frente a las razones de Estado¹⁹⁰.

De lo anterior se sigue que el abordaje al fenómeno de la pornografía infantil, pese a ser un fenómeno ampliamente difundido, se ha visto reducido a los procesos de criminalización y castigo sobre el cuerpo con fines de su transformación y moldeamiento y la mente del transgresor, entendiéndose este proceso exclusivamente en el marco de la cárcel, la reprehensión y la retaliación, al punto de privar al individuo de sus derechos humanos, mediante la castración y la pena de muerte, en tanto se asigna a su vida, como resultado de su conducta, un valor casi inhumano y por tanto, se defiende la disponibilidad absoluta sobre su cuerpo, como único mecanismo de disuasión frente a su perversión.

En este sentido, el abordaje de las políticas públicas complementarias, encaminadas a dotar de eficacia a las pautas normativas de control y disuasión de las conductas criminales ligadas al fenómeno de la ESCNNA, resulten de vital importancia con la finalidad de postular alternativas de abordaje frente a un fenómeno que día a día crece en tamaño y cuyo control se hace difícil, como resultado de sus características particulares y la existencia de una sociedad ampliamente interconectada, en la cual el Estado ha perdido su poder real de control de la ciudadanía en favor de las grandes corporaciones en torno a las cuales se aglutina la vida contemporánea.

Ahora bien, cabe resaltar que entre las políticas públicas alternativas o complementarias a la persecución de la pornografía infantil en tanto delito resaltan aquellas encaminadas a hacer partícipes a la población de los procesos de vigilancia y denuncia de dicho material, como resultado de la incapacidad estatal para abarcar en su totalidad el control de dicho fenómeno, siendo el resultado de lo anterior la línea “Te Protejo”, establecida en colaboración con la RedPaPaz, a través de la cual es posible denunciar la vulneración a los derechos de los menores en ambientes virtuales.

Una vez realizada dicha denuncia la línea “Te Protejo”, procede a verificar la información que ha sido denunciada, si se encuentra que es legal y conveniente se archivará la denuncia, en el caso de ser inconveniente la Red PaPaz¹⁹¹ comunicará a los involucrados con la información; en el caso de que la información denunciada tenga en efecto un carácter ilegal, se informará al Ministerio de las Tecnologías de la Información, al ICBF, a la Policía Nacional y a la Autoridad Nacional de Televisión para que den curso a la denuncia de manera tal que el material ilegal sea retirado de la red y los responsables del mismo sean investigados y judicializados.

Esta línea trabaja en conjunto con la organización internacional INHOPE –la cual regula 41 líneas de denuncia en 36 países– y con la Policía Nacional de Colombia; esta línea tiene un convenio con El Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados en Colombia –NCMEC– por sus siglas en inglés, organización sin ánimo de lucro que tiene diferentes herramientas virtuales que se pueden utilizar para la búsqueda de niños desaparecidos y opera con un servicio de información gratuito activo 24 horas del día sobre pornografía infantil. Dentro de los servicios que ofrece está el acompañamiento internacional que provee información a padres, agentes, abogados y otras personas interesadas en información sobre los aspectos relevantes de la sustracción de NNA, bases de datos y estrategias para publicar fotos e información de niños perdidos a nivel mundial y programas de prevención.

En la lucha contra la pornografía infantil:

191 Red PaPaz es una entidad que nace en el 2003 con la misión de ser una fuerza civil que representa a padres y madres, haciendo visibles los principales factores que afectan la construcción de un entorno cultural positivo para la niñez y la adolescencia. Para más información [<http://www.redpapaz.org/>].

El Ministerio de Comunicaciones lanzó en el 2002 una campaña a nivel nacional dirigida a contrarrestar la pornografía y la ESCNNA a través de Internet¹⁹² [...] En enero de 2004 se firmó un acta de compromiso entre el Ministerio de Comunicaciones, la Policía Nacional, el DAS ahora extinto, la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio de Protección Social, y el ICBF que compromete a los proveedores de Internet colombianos a bloquear las páginas Web cuyos contenidos sean reportados al Ministerio de Comunicaciones como pornografía con menores de edad¹⁹³.

Ahora bien, desde la implementación de la línea virtual de denuncia para la protección de la niñez y adolescencia colombianas “Te Protejo”, hasta junio de 2022 se habían presentado 130.287 reportes procesados, de los cuales el 66,5% fue canalizado a las autoridades. Del total de reportes, el 92,9% de los casos correspondieron a material de explotación sexual (pornografía infantil). De estos, se realizaron solo siete capturas por el proceso de pornografía infantil. En lo que va corrido del 2022, según esta red se han denunciado 10.214 casos de contenidos de abuso o explotación sexual infantil, aunque solo se ha abierto una noticia criminal y ocho acciones para el restablecimiento de derechos.

Por su parte, el Instituto de Bienestar Familiar afirma en lo tocante a los datos del periodo 2004-2007, que los mismos no son susceptibles de ser entregados en tanto para la fecha no existía realmente un sistema de información, pues este sería creado solo hasta el 2006, mediante la Ley 1098 de 2006 (Ley de Infancia y Adolescencia), artículo 108. Con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema SIM y

192 Dispuso una página web en la que se pueden hacer denuncias [<https://www.simplecomunicaciones.com/internet-sano/> y también una línea telefónica gratuita nacional].

193 Es importante traer a colación que en el “Informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas” del 10 de febrero de 2015, se denuncia que en Melgar y Girardot al menos 53 menores de edad colombianas fueron violadas años atrás por soldados y contratistas de Estados Unidos entre 2003 y 2007, quienes grabaron los abusos y vendieron los videos como material pornográfico”. ECPAT INTERNACIONAL. *Informe global de monitoreo de las acciones en contra de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. Colombia*, Bangkok, ECPAT Internacional, 2006, disponible en [<https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/1264?locale=es>], p. 49.

hasta el 31 de julio de 2015, el ICBF reportó una tasa de procesos por restablecimiento de derechos de menores víctimas de delitos sexuales de 16.396, de los cuales tan solo 227 se corresponden con víctimas de violencia sexual, explotación sexual y pornografía; cifras que se reparten en una para el 2011, 49 para el 2012, 71 para el 2013, 55 para el 2014 y 51 para el 2015. Lo anterior obedece a que la categoría fue creada al interior del sistema SIM a partir de 2011, siendo registradas las víctimas de años previos como víctima de violencia sexual, categoría que se discrimina en 2.111 víctimas para 2008, 2.776 para 2009 y 2.668 para 2010¹⁹⁴.

Estas cifras se presentan como contradictorias, si tenemos en cuenta que en el cuadro de discriminación por edades de las víctimas por delitos sexuales del SIM, se tiene que para el periodo 2008-2015, hubo un total de 5.077 víctimas entre los cero y seis años, para las edades de los seis a los 12 años se registró un total de 11.510 víctimas, así mismo para el periodo etario comprendido entre los 12 y los 18 años se registró un total de 15.474 víctimas; para el grupo de mayores de 18 años se tiene una cifra de 176 víctimas y para el grupo del cual no se dispone de información hay un total de 123 víctimas; todo lo anterior para un total de 32.360 víctimas en un periodo de ocho años, frente a tan solo 16.396 víctimas discriminadas por conductas, haciendo que las magnitudes sean incongruentes entre sí.

Por último, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, a través de su página web establece que en Colombia hay un total de 6.840 reclusos por actos sexuales con menor de 14 años y 5.286 reclusos por acceso carnal abusivo con menor de 14 años, encontrándose los sindicados de pornografía infantil en el grupo de otros delitos, por los cuales hay una población reclusa de 24.989 personas¹⁹⁵.

194 La categoría de violencia sexual para 2011 contó con un registro de 5.353 víctimas, para 2012 el número de víctimas fue de 1.420, en 2013 fue de 705, para el 2014 de 659 y para el 2015 el recuento total de víctimas fue de 477.

195 Estas personas representaban a mayo de 2016 el 13,40% de la población carcelaria y se excluyen a aquellos criminalizados por actos sexuales con menor de 14 años (3,67%); Acceso carnal abusivo con menor de 14 años (2,84%); Hurto (15,83%); Homicidio (15,70%); Fabricación y porte de armas de fuego o municiones (13,51%); Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (13,37%); Concierto para delinquir (9,11%); Extorsión (2,85%); Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (1,88%); Secuestro extorsivo (1,74%); Acceso carnal violento (1,70%); Secuestro simple (1,36%) y Violencia intrafamiliar (1,13%).

De estos, un total de 3.953 se encuentran condenados por el delito de actos sexuales con menor de 14 años y 2.996 por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años; igualmente, de los 24.989 reclusos por otros delitos tan solo 14.496 se encuentran condenados; no presentando cifras diferenciadas para el delito de pornografía infantil, por ser de una magnitud mínima frente a estas conductas.

A. Leyes de registro y vallas publicitarias

*En general, los hombres juzgan más por los ojos que por la
inteligencia, pues todos pueden ver, pero pocos comprenden
lo que ven.*

BUDDHA. *Three things cannot be long hidden: the sun, the
moon, and the truth*

Ahora bien, a la política penitenciaria se han sumado políticas públicas encaminadas a dotar a las mismas de una mayor eficacia disuasiva. Aquellas encaminadas a establecer registros de los transgresores o publicitar sus acciones. Resaltando entre las políticas públicas de registro las encaminadas a evitar el acceso a ciertos trabajos a los transgresores o la posibilidad de vivir en determinados sitios. Así, por ejemplo, tanto el Reino como los Estados Unidos, establecen normas de registro frente a los abusadores de menores. Al respecto establece la “Sexual Offences Act” del Reino Unido la obligatoriedad de inscribir en el Registro de Delincuentes Violentos o Sexuales a todas aquellas personas que hubiesen cumplido condenas por más de 12 meses o que representen un peligro intrínseco para la sociedad, siendo esta lista de uso privativo de las autoridades gubernamentales y siendo su finalidad la simplificación de las investigaciones criminales.

Por su parte, Estados Unidos cuenta con el registro de delincuentes sexuales a cargo del FBI Sex Offender Registry Websites o NSOR. Este, encuentra su fundamento legal en la Ley Lychener de 1996, según la cual el FBI tiene la facultad de conocer y difundir –con fines preventivos o de protección a la comunidad– la información de residencia o ciertas actividades de los abusadores sexuales incluidos en esta lista, sin que en ningún caso se pueda hacer mención de la identidad de las víctimas. Considerándose al igual delito el cambio de domicilio de un transgresor sexual sin previa notificación a las autoridades competen-

tes, existiendo un plazo de diez días para realizar dicha notificación una vez ha sido otorgada la libertad condicional o se ha cumplido con la totalidad de la condena.

Cabe resaltar que:

El estado de California de Estados Unidos fue el primer país (estado en este caso) en tener un registro de delincuentes violentos y sexuales en 1947. Sin embargo, su difusión pública no tuvo lugar hasta varios años después a consecuencia de cuatro sucesos que promovieron la creación de leyes federales. El primer incidente tuvo lugar en 1981 cuando ADAM WALSH de 6 años, fue secuestrado en unos grandes almacenes mientras miraba como otros niños jugaban a los videojuegos. Dos semanas después el menor fue encontrado decapitado. En 1989 JACOB WETTERLING de 11 años, fue secuestrado mientras paseaba en bicicleta con su hermano y un amigo en St. Joseph, Minnesota. Los investigadores nunca encontraron al menor, sin embargo, más tarde tuvieron noticia de que sin el conocimiento de la policía local, los centros de reinserción social en St. Joseph alojaban a delincuentes sexuales. Años más tarde, en 1990 la agente inmobiliaria PAM Lychener esperaba en una casa vacía a que llegara un posible comprador, cuando fue brutalmente asaltada por un delincuente sexual que había sido previamente condenado dos veces. Por último, en 1994, MEGAN KANKA de 7 años fue violada y asesinada por un vecino que resultó ser un conocido delincuente sexual que se mudó cerca de la casa de la familia y que engañó a la niña invitándole a entrar a su casa para que viera un cachorro.

A raíz de estos acontecimientos se promulgaron las leyes que en cierto modo dieron lugar al registro de delincuentes sexuales de Estados Unidos y que a su vez llevan el nombre de las víctimas: la Ley Wetterling (1994) que exige a todos los estados que los delincuentes sexuales estén registrados; Ley de Megan (1996) que obliga a que el registro de los delincuentes sexuales sea público y la notificación de este registro a la comunidad correspondiente; la Ley Pam Lechner (1996) la cual establece el seguimiento de delincuen-

tes sexuales y su identificación y por último la Ley Adam Walsh (2006) de protección a la infancia y seguridad, que estableció nuevas infracciones penales así como el endurecimiento de las ya existentes¹⁹⁶.

De entre estas, resalta la llamada Ley Megan de 1996, de acuerdo con la cual se “permite que el nombre y la fotografía de todo estadounidense abusador sexual de menores se exhiba en un registro público y que cualquier ciudadano tenga acceso a este registro, incluso por internet”¹⁹⁷. Recibiendo esta normatividad su nombre tras la muerte de MEGAN KANKA el 29 de julio de 1994, tras ser abusada por JESSE TIMMENDEQUIAS, un pedófilo reincidente.

A nivel latinoamericano, cabe resaltar el caso chileno en donde a través de la Ley 19.927 de 2004 se creó el Registro de Delincuentes Sexuales, estableciendo esta tras su modificación en 2012 por la Ley 20.594, la necesidad de incluir, no solo la información de todo delincuente que haya sido condenado por conductas sexuales contra menores, sino también la expresa prohibición de otorgar a estos un trabajo en ámbitos educacionales o con menores. Debe resaltarse que este registro es público y gratuito, y permite a los particulares determinar si un individuo se encuentra inmerso en una inhabilidad laboral en relación con el trabajo con menores de edad.

En lo que a Colombia se refiere y siguiendo este tipo de iniciativas normativas, fueron creados de forma populista¹⁹⁸ en la ciudad de Bogotá –mediante el Acuerdo 280 de 2007– los denominados “Muros de

196 MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA. *Análisis de derecho comparado sobre ciberdelincuencia, ciberterrorismo y ciberamenazas al menor*, Madrid, 2015, p. 213; LUIS ANDRÉS VÉLEZ RODRÍGUEZ. “¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales?”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 3, n.º 71, 2007, pp. 92 a 114, disponible en [<https://core.ac.uk/download/pdf/290652142.pdf>].

197 LYDIA CACHO. *Los demonios del Edén: el poder que protege a la pornografía infantil*, Barcelona, Debolsillo, 2015, pp. 90 y 91.

198 VÉLEZ RODRÍGUEZ. “¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales?”, cit.; Con lo anterior se puede traer a colación la crítica que hace WACQUANT no solo al punitivismo y al incremento de la inseguridad social, sino al moralismo y panoptismo punitivo, en relación con los delincuentes sexuales, donde lo mediático conlleva a desbordes en lo normativo y también en lo social. LOÏC WACQUANT. *Punishing the poor: the neoliberal government of poverty*, Durham, Universidad de Duke, 2009.

la Infamia”, con fundamento en el artículo 48 del Código de Infancia y Adolescencia, cuya literalidad establece que:

Los contratos de concesión de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos incluirán la obligación del concesionario de ceder espacios de su programación para transmitir mensajes de garantía y restablecimiento de derechos que para tal fin determine el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dirigidos a los niños, las niñas y los adolescentes y a sus familias. En alguno de estos espacios y por lo menos una vez a la semana, se presentarán con nombres completos y foto reciente, las personas que hayan sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, “Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales”, cuando la víctima haya sido un menor de edad.

Suscitando esta medida jurídica una serie de debates en torno a la pertinencia o impertinencia de la misma, argumentando por un lado que la ciudadanía no se encontraba preparada para este tipo de medidas que podrían derivar en un amplio rechazo social hacia los transgresores e incluso en la agresión física; mientras que por el otro, se afirmaba que la sanción por el incumplimiento de la norma ya había sido cumplida mediante la pena privativa de la libertad, y por tanto, la exposición en vallas públicas implicaba una doble sanción, en tanto se aunaba a la pena física, una sanción de tipo moral; a la vez que se revictimizaba al menor mediante la vergüenza y el estigma que implicaba ver el rostro de su agresor.

Pronunciándose la Corte Constitucional en relación con el tema a través de las sentencias C-061 y T-306, ambas de 2008. Afirmándose en la primera que toda limitación a los derechos constitucionales debe corresponderse con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, justificándose su adopción en su coherencia con la Constitución y la no vulneración a la dignidad humana de los asociados. Añadiendo a lo anterior, con relación a la constitucionalidad de la medida estudiada, que:

Existe un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad que la medida estudiada podría tener para alcanzar de manera efectiva el propósito de protección a la niñez con el

que presumiblemente fue establecida. Por el contrario, son notorios los peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados¹⁹⁹.

Mencionando, con relación a lo anterior la Corte Constitucional en Sentencia T-306 de 2008, que la medida establecida por el Concejo Distrital de Bogotá era inadecuada y desproporcionada por cuanto:

Publicar la foto del delincuente no garantiza ni protege los derechos de la niñez. Afirmó que esa publicidad permite que los menores identifiquen a aquellas personas como posibles agresores y en esa medida eviten tener contacto o comunicación con ellas, pero se olvidó del impacto negativo que el retrato del victimario puede ocasionar en la propia víctima. Así mismo, adujo que so pretexto de defender los derechos de algunos menores de edad (víctimas), se atenta en forma injustificada no solo contra los derechos a la dignidad y a la honra del sentenciado, sino de las personas que lo rodean, como su esposa, padres, hermanos e hijos, que pueden ser también menores de edad.

Encontrándose en este sentido la postura adoptada por la Corte Constitucional en concordancia con la opinión, difundida entre la comunidad académica, según la cual la aplicación de leyes post liberación a los ofensores sexuales de menores resulta:

Draconiana, costosa, anti-rehabilitante, y en últimas poco dada a la reducción de la frecuencia con la que se presentan las ofensas sexuales. Trabajos recientes incluso presentan la posibilidad de que las leyes post liberación incrementen la reincidencia de los ofensores sexuales al hacer la vida fuera de la prisión tan poco placentera que la amenaza del retorno a prisión no tenga ya mayor efecto disuasivo²⁰⁰.

199 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-061 de 30 de enero de 2008, M. P. NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-061-08.htm>].

200 J. J. PRESCOTT. "Child pornography and community notification: how an

Así mismo, las leyes de registro podrían tener un efecto negativo al incentivar el crecimiento de los mercados para la pornografía infantil, en tanto a través de estos podrían crearse grupos de cómplices, distribuidores y clientes que generarían, en palabras de KATYAL²⁰¹, una identidad social propia que con frecuencia podría incentivar la realización de conductas riesgosas, así como a actuar en contra del interés propio como consecuencia de los procesos de interrelación y lealtad, así como el establecimiento de redes de información o cooperación que facilitan la realización de conductas nocivas frente a los no miembros.

Al respecto, PRESCOTT²⁰² afirma que la pornografía infantil en tanto fenómeno criminal depende de la existencia de un mercado relativamente delimitado que permita la compraventa e intercambio de fotografías o videos susceptibles de ser catalogados bajo dicho rótulo, en tanto gran parte de las infracciones son el resultado de las interacciones entre terceros, sin vínculo alguno con los menores retratados. Encontrándose dado el funcionamiento óptimo de un mercado y la posibilidad de evadir el arresto dada por el acceso a más información en torno al mismo y las técnicas utilizadas para su control, dado que en gran parte el riesgo de la distribución y consumo se encuentra dado precisamente por la operación del intercambio, sin la cual nos encontraríamos ante un escenario de consumo menor, al obligar a los consumidores a ser sus propios productores; de allí que sea posible afirmar que una ley en contra de dicha actividad, encaminada a la notificación comunitaria si no es bien diseñada y ejecutada, podría conllevar a la expansión del mercado haciendo más rentable y menos peligrosos los procesos de distribución e intercambio.

En este sentido, parece ser necesario indicar que el establecimiento de un enfoque intervencionista, más que uno sancionatorio o el sometimiento de los transgresores a la palestra pública, podría tener una mayor posibilidad de disuasión frente a la comisión de conductas relacionadas con el consumo y pornografía infantil, en tanto a través de políticas educativas y campañas informativas es posible alterar el conjunto de preferencias de los individuos frente a determinada situación²⁰³.

attempt to reduce crime can achieve the opposite”, *Federal Sentencing Reporter*, vol. 24, n.º 2, 2011, p. 94.

201 NEAL K. KATYAL, “Conspiracy theory”, *The Yale Law Journal*, vol. 112, n.º 6, 2003, p. 1.312.

202 PRESCOTT. “Child pornography and community notification: how an attempt to reduce crime can achieve the opposite”, cit.

203 Ídem.

III. EFICACIA DE LA POLÍTICA CRIMINAL COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA POLÍTICA PÚBLICA

Ateniéndose a la máxima de HEGEL: “Todo lo que es, es racional”, confío en vencer cualquier obstáculo. A quien no concuerde conmigo, le negaré la facultad de comprender la racionalidad.

JHERING

Es necesario evaluar la política pública existente en términos de eficacia disuasoria al criminal a través del establecimiento de una sanción jurídica, tal y como la contemplada en el artículo 218 del Código Penal colombiano, cuyo contenido hemos analizado con anterioridad en términos de tipicidad, juridicidad y culpabilidad a partir de la teoría del delito. Determinando su eficacia en concordancia con los mecanismos institucionales de protección a menores y seguimiento a la conducta analizada, adoptando como perspectiva metodológica con fines ilustrativos el análisis económico del derecho.

Entendido con la aplicación de los postulados y teorías de la economía al estudio y comprensión del campo jurídico²⁰⁴, a partir de dos presupuestos: 1. Los individuos se comportan de forma racional y 2. Sus comportamientos obedecen a funciones de utilidad, determinados por el conjunto de preferencias individuales²⁰⁵. En concordancia con lo cual, sostiene el análisis económico de la criminalidad:

Que el delincuente compara el beneficio de cometer un delito con el coste o daño que supone el castigo esperado establecido por el derecho penal. Partiendo de esta base el análisis económico del delito intenta elaborar una teoría del castigo óptimo. Esta teoría analiza los costes que el delito genera a la sociedad y los costes de represión o disuasión del delito. El objetivo se configura como la minimización de la suma de ambos costes²⁰⁶.

204 SANTOS PASTOR PRIETO. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989.

205 ROBERT COOTER y THOMAS ULEN. *Derecho y economía*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 75.

206 JOSÉ MARÍA AGUILAR GONZÁLEZ y CRISTINA CASTRO SOTOS. “Las normas

El derecho penal solo puede presentarse como racional cuando interviene ante “casos de extrema y demostrada necesidad, lo cual supone, entre otras cosas, excluir el paternalismo punitivo o la tutela penal del individuo respecto de sí mismo”²⁰⁷. Lo anterior implica la necesidad de tolerar un mínimo de comportamientos marginales sin someter los mismos a la regulación penal, en tanto un escenario sin comportamientos contrarios a la norma social se presenta como altamente idealizado, así como la pertinencia de excluir de sanciones represivas a aquellos individuos cuyo comportamiento desviado tiene como origen una base patológica, en tanto sobre los mismos no operará el efecto de disuasión y deberá priorizarse un enfoque en salud encaminado a la corrección. Así las cosas, al tener en cuenta lo anterior, se abre un panorama de análisis e investigación que debe complejizar las fórmulas mecanicistas que homologan las conductas punibles sin incluir variables que aporten información sobre la heterogeneidad multicausal del delincuente consumidor de pornografía infantil.

Esta concepción del derecho penal a partir de una lógica de fines racionales dados por la eliminación o minimización de incentivos para la comisión de conductas criminales, que se alcanza a través de la imposición de penas suficientemente altas como para equiparar o superar el nivel de satisfacción otorgado por la transgresión. Respecto a lo anterior, afirma BECKER:

Los individuos maximizan el bienestar tal como lo conciben, ya sean egoístas o altruistas, leales, rencorosos o masoquistas. Su comportamiento está dirigido al futuro, y también es consistente en el tiempo. En particular, hacen lo mejor que pueden para anticipar las inciertas consecuencias de sus acciones²⁰⁸.

Encontrándose a su vez el cumplimiento de la norma determinado por el conjunto de preferencias del individuo frente a la ley, que en

jurídicas como incentivos: Unas breves notas sobre el análisis económico del derecho”, *Kinesis*, n° 3, 2006.

207 GARY S. BECKER. “Crime and punishment: an economic approach”, en GARY S. BECKER y WILLIAM M. LANDES (eds.). *Essays in the economics of crime and punishment*, Nueva York, National Bureau of Economic Research, 1974, p. 46.

208 Ídem.

términos de HART puede darse de acuerdo con un triple patrón de aproximación

1. Una *preferencia intrínseca* por el cumplimiento de la ley, en concordancia con la cual el individuo está dispuesto a ceder o sacrificar su bien con la finalidad de respetar esta;
2. Una *indiferencia por el cumplimiento o incumplimiento de la ley*, que conlleva a que el individuo adopte una decisión frente a la ley que se le demanda obedecer de acuerdo a las funciones de utilidad que pueda conseguir y 3.
- La *indiferencia por el contenido de la obligación legal*, que conlleva a que el individuo adopte un enfoque netamente instrumental frente al cumplimiento normativo²⁰⁹.

Al costo del cumplimiento normativo, representado en tiempo, dinero, riesgos y demás recursos invertidos en la satisfacción de la obligación legal, debe sumarse el análisis de costo beneficio previo a la comisión de la conducta criminal en tanto esta refleja una elección racional dada por la propensión individual y los incentivos existentes, tanto individuales como personales. Así mismo, debe reconocerse la existencia de un valor instrumental en el cumplimiento, así como la obtención del beneficio del no pago de una sanción jurídica o social, disminuyendo el costo implícito del cumplimiento normativo en tanto mayor es el número de personas dispuesta a cumplir con la obligación, así como en la medida en que los sistemas privados inciden en la prevención de la conducta criminal individualmente considerada²¹⁰.

De allí que el valor intrínseco al cumplimiento de la obligación legal se encuentre dado por costo implícito de obedecer la norma en términos económicos, de oportunidad y de satisfacción, los cuales son susceptibles de cuantificación a través de funciones de utilidad no universalizables. En este sentido, es posible analizar este fenómeno en términos matemáticos al abordar el cálculo de oportunidad la probabilidad de aprehensión como una medida del riesgo de ser capturado²¹¹.

209 HART. *The concept of law*, cit., p. 30.

210 COOK y LUDWIG. "Economical crime control," cit.

211 NACI H. MOCAN y R. KAJ GITTINGS. "The impact of incentives on human behavior: can we make it disappear? The case of the death penalty", en RAFAEL DI TELLA, SEBASTIAN EDWARDS y ERNESTO SCHARGRODSKY (eds.).

Encontrándose por tanto, el costo del incumplimiento normativo determinado por la sumatoria de la sanción legal y la sanción social, en donde se debe tener en cuenta la disminución producto de la satisfacción de la actividad ilícita realizada en cabeza del individuo como forma de manifestación de un valor de utilidad. Viéndose por lo tanto determinado el costo de cumplir una ley por el costo de oportunidad, sumado al costo de las actividades desplegadas para su cumplimiento.

En tanto que el costo del incumplimiento se encontrara dado por la sumatoria de la sanción legal –en función de la posibilidad de ser capturado²¹²– y la sanción social, considerando en esta operación la disminución producto de la satisfacción de la concreción del acto contrario a la ley en tanto función de utilidad del individuo. Así las cosas, es posible afirmar la decisión de realizar una acción o comportamiento criminal se encontrará basada en: 1. El beneficio o la función de utilidad de la comisión de la conducta criminal; 2. El costo de cometer el crimen en términos de tiempo, esfuerzo y dinero; 3. la probabilidad de ser capturado o detectado; y 4. La sanción normativa a la que se enfrenta el individuo capturado. “Enfocándose la ley en la actualidad en 3. y 4. Buscando hacer a la comisión del delito de pornografía infantil poco atractivo, pero sería poco sabio ignorar los posibles efectos indeseados que las políticas públicas podrían tener en 1 y 2”²¹³.

De la misma forma, debe considerarse que el control de la criminalidad es una actividad que resulta cuando menos costosa para la sociedad. En tanto el *costo social*, no está dado solo por las pérdidas sociales y morales directas producidas por la comisión del crimen, sino por el costo total de perseguir, procesar y castigar al criminal. Teniendo en cuenta lo hasta ahora expuesto y dado un punto determinado en términos de tiempo, es posible reducir la decisión racional realizada por un individuo de cometer una conducta contraria a las pautas normativas de comportamiento al entender a los individuos (y) como una muestra heterogénea entre ellos (Z_i), que se ve enfrentada a una decisión binaria entre cometer un delito (c) y no hacerlo (Nc), dada la existencia de una probabilidad (p) de captura, de la cual se derivan tres niveles de utilidad: 1. No cometer el crimen ($UNC(Z_i)$), 2. Cometer

The economics of crime: lessons for and from Latin America, Chicago, Chicago University Press, 2010.

212 Ídem.

213 PRESCOTT. “Child pornography and community notification: how an attempt to reduce crime can achieve the opposite”, cit., p. 97.

el crimen y ser castigado ($U_{C,P}(Z_i)$) y 3. Cometer un crimen y no ser castigado ($U_{C,NP}(Z_i)$)²¹⁴. De donde es posible afirmar que la decisión de cometer un crimen será racional, si:

$$P U_{C,P}(Z_i) + (1 - p) U_{C,NP}(Z_i) > U_{NC}(Z_i)$$

Siendo P el efecto *deterrence* de la norma. Ahora bien, si se tiene en cuenta el tiempo (LO) relativo a la extensión de la sanción, es posible replantear la condición anterior de la siguiente forma:

$$P U_{C,P}(Z_i, L) - U_{NC}(Z_i) + (1 - p) U_{C,NP}(Z_i) - U_{NC}(Z_i) > 0$$

En este sentido, la comisión de una conducta criminal es susceptible de equipararse en términos de decisión a la compra de un boleto de lotería, comprensible en una contraposición binaria donde 1 se corresponde con la comisión y 0 con la acción contraria ($W(Z_i, P, L)$), con relación a lo cual la tasa de un crimen ($P_r(C|_p, L)$), cuando se tiene una representación de la población cruzada (dF), para la medida heterogénea Z , la tasa de criminalidad estará dada por:

$$P_r(E|_{p, L}) = \int w(Z_{p, L}) df_2$$

Siendo por tanto el eje central de la decisión tomada en el proceso de creación normativo la determinación de cuál será el régimen de castigo adoptado (p, L) en relación con el costo implícito de la política pública ($(\emptyset, P_r(C|_{p, L}))$), susceptible de ser representado por la función:

$$\lambda(p) + Iw(T)I = P_r(C|_{p, L})$$

De allí que sea posible afirmar que la política “eficaz” de incrementar las penas, conlleva debido a los altos costos de ejecución, a bajas probabilidades de castigo e incrementos ineficientes en la duración de las sanciones. Lo cual explica la conclusión a la que arribó BECKER²¹⁵, cuando afirma que para un *locus* definido por $PL = K$, el efecto disuasivo es mayor, *ceteris paribus*, para L mayores, siempre y cuando los criminales sean adversos al riesgo. No obstante, es posible afirmar

214 COOK y LUDWIG. “Economical crime control”, cit.

215 GARY S. BECKER. “The economic way of looking at life”, *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n.º 12, 1993.

que para el caso de la pornografía infantil el infractor no solo es indiferente por el cumplimiento de la norma en cuestión, cuando no por la misma, sino que así mismo su aversión al riesgo se ve disminuida como resultado de sus preferencias y la baja probabilidad de captura; la cual está dada para el caso en cuestión, por la cantidad de capturas dividida entre la totalidad de crímenes cometidos.

Por lo anterior, dado un escenario de racionalidad perfecta, y teniendo unas condiciones estables para los demás elementos, es posible afirmar que una sanción normativa será disuasiva, siempre y cuando la “sanción de papel” (S_p) se aproxime a la “sanción real” (S_r), la cual estará determinada por el resultado de la multiplicación de la probabilidad de ser capturado (P_c) por los extremos de la pena (P_1, P_2) tal y como se observa a continuación:

$$S_{r1} = S_{p1} * P_c \text{ y } S_{r2} = S_{p2} * P_c$$

De donde se extrae la eficacia (E) de la sanción normativa en términos disuasivos, al encontrar la relación directa en términos porcentuales entre la S_r y la S_p , correspondiéndose el 100% de la eficacia con la sanción de papel y el porcentaje real con la S_r .

Así pues, se tiene en cuenta el número de casos de presunto delito sexual contra niños, niñas y adolescentes en Colombia entre 2014 y 2018 que fue de 109.285. De este número de casos, para julio de 2019 se registró un total de 9.911 de condenados. Esta cifra nos muestra que aproximadamente por cada 11 actos delictivos contra esta población hay una persona condenada, es decir una probabilidad de 9,07% de ser capturado.

En el caso del delito de pornografía infantil (art. 218, Código Penal colombiano) la Red Te Protejo registró que en el mismo periodo (2014-2018) un total de 30.337 casos en los que se denunció material de abuso sexual infantil. De este número hay un total de 4.622 capturados, lo que indica que por cada 6,5 denuncias de abuso sexual infantil en la modalidad de pornografía hay una captura. En este caso, se puede afirmar que al cometer el delito de pornografía infantil existe una probabilidad de condena de un 15,2%.

Dado lo anterior y teniendo en cuenta que la pena para el delito de pornografía infantil, de acuerdo con lo postulado en el artículo 218 de la Ley 599 de 2000 es de diez a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos (S_p), se tiene que la sanción real (S_r), será de:

$$Sr1 = (10 \text{ años} * 12 \text{ meses}) * 0,152 \text{ y } Sr2 = (20 \text{ años} * 12 \text{ meses}) * 0,152$$

$$Sr1 = 18,24 \text{ meses y } Sr2 = 36,48 \text{ meses}$$

Esto implica que la sanción real para el delito de pornografía oscila entre los 18,24 meses ($Sr1$) y los 36,48 meses ($Sr2$), frente a los diez y 20 años de los extremos de la sanción de papel respectivamente; lo cual implica una sanción con una efectividad en términos disuasivos del 15% aproximadamente de la sanción normativa establecida, como resultado de la baja tasa de capturas y otros fenómenos conexos. De esta forma al ser el consumidor de pornografía infantil “un sujeto racional”, la Sr , será la que lo persuada o motive a cometer determinada conducta. En este sentido la eficacia de persuasión (*deterrence*) de una norma se relaciona de manera directa con la certeza de su ejecución y es independiente de su cuantía.

En tal virtud, se puede esperar que el efecto del costo como persuasión para el delincuente, resulte contra intuitivo cuando se revisa la evidencia²¹⁶. Al respecto, EGGESTEIN y KNAPP²¹⁷ han demostrado que en el caso de la pornografía infantil que se distribuye de forma digital el aparato jurídico no es una herramienta eficaz para perseguir este delito, sosteniendo incluso que los avances jurídicos y tecnológicos, han beneficiado a usuarios y vendedores de esta clase de pornografía.

Parece de tal manera, que es necesario cuestionar la perspectiva que argumenta que la expansión del delito de pornografía infantil conduce a la disminución del daño y que además desincentiva a los delincuentes a no cometerlo. Así mismo debe afirmarse que la perspectiva neoclásica que plantea que 1. La pena (cuando es efectiva) desincentiva a cometer delitos y 2. Que la pena no debe ser menor al beneficio de cometerlo, no parece ajustarse del todo, por lo menos desde cómo se plantea en los modelos jurídicos actuales de persuasión a la realidad misma; siendo insuficiente, por lo tanto, para comprenderla.

En este sentido, es innegable que la pornografía infantil constituye un problema social que reviste una alta importancia en virtud del carácter de sujetos de especial protección que ostentan sus víctimas²¹⁸. Por

216 WILLIAM C. BAILEY. “Deterrence, brutalization, and the death penalty: another examination of Oklahoma’s return to capital punishment”, *Criminology*, vol. 36, n.º 4, 1998, pp. 711 a 734.

217 EGGESTEIN y KNAPP. “Fighting child pornography: a review of legal and technological developments”, cit.

218 “¿Cómo combatir los abusos sexuales a niños y la pornografía

último, en cuanto a la racionalidad de la sanción se refiere, es posible afirmar que es mínima en virtud de la pérdida de eficacia, así como por la existencia de posibilidades para “invertir” de mejor manera los recursos destinados a la ejecución de la pena, bien sea desviándolos hacia un incremento en la certeza –situación que fue abordada en este documento–, o bien sea para la implementación de otro tipo de castigo, cuyo grado de eficacia sea mayor y por lo tanto sean preferibles para el Estado.

A la ineficacia derivada del bajo índice de capturas, se debe adicionar la ineficacia producida por factores sociales –ya analizados– que alteran las preferencias intrínsecas de los individuos, en contravención a las pautas normativas, como resultado de los procesos de interiorización y normalización de prácticas sexo-sociales, como el matrimonio a temprana edad; así como las prácticas heteronormadas de hombría que conllevan desde una cultura machista a considerar que toda mujer debe ser virgen al momento de iniciar una relación estable, pues quien no lo es se le considera socialmente como “puta” e “impura”, lo que conlleva al matrimonio a temprana edad al interior de las comunidades conservadoras y la producción de material pornográfico “amateur” como una prueba de “amor”, que usualmente es solicitada a las menores por sus parejas de mayor edad.

Aunado a lo cual se debe considerar que el argumento de la pena como una sanción lo suficientemente alta para evitar la comisión de la conducta típica (suponiendo la efectividad de la pena), resulta insuficiente para explicar el fenómeno y proponer estas medidas como una herramienta para la lucha contra este flagelo. Por tal razón, de acuerdo con lo expuesto, se puede afirmar que para asumir que un modelo del derecho en términos de persuasión visto desde la lógica del análisis económico del derecho²¹⁹ sea eficiente, debe tener en cuenta que la pena y su efectividad no necesariamente persuade a quien delinque, esto porque las formas de racionalidad que motivan al delincuente pueden ser incentivadas por diferentes razones.

infantil?”, *Noticias Parlamento Europeo*, 17 de noviembre de 2010, disponible en [<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20101112STO94319/como-combatir-los-abusos-sexuales-a-ninos-y-la-pornografia-infantil>].

219 MISAEL TIRADO ACERO y JUAN CAMILO BEDOYA CHAVARRIAGA. “Análisis económico del derecho aplicado a la enseñanza del Derecho: una aproximación al uso de la Teoría de Juegos”, *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 18, n.º 34, 2018, pp. 13 a 32, disponible en [<https://revistas.usgioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/v18n34a01>].

Frente al delito de pornografía infantil, es pertinente comprender mucho más el impacto de las nuevas tecnologías y el cambio que ha supuesto la incorporación de las economías colaborativas que han masificado la información al reducir costos de transacción²²⁰. En este sentido, las redes sociales se han convertido en un medio que facilita la difusión de contenido como la pornografía infantil, que posibilita la proliferación de esta información y la persecución por parte de las autoridades.

Este contexto hace necesario plantear a profundidad la forma en la que se definen las prácticas que atentan contra los derechos de NNA y otro tipo de expresiones, como por ejemplo, las prácticas artísticas o culturales que hasta el día de hoy son motivo de debate. Quizá el caso más reciente es la demanda que interpuso SPENCER ELDEN, quien cuando tenía tan solo cuatro meses de nacido, fue fotografiado desnudo mientras nadaba, imagen que se convirtió en una de las más famosas carátulas de las bandas de rock a nivel mundial²²¹. Aunque ELDER se mostró orgulloso a lo largo de su vida por su imagen en esta carátula, en 2021 demandó a la banda por pornografía infantil.

Aunque el juez desestimó la demanda, abrió el debate sobre el uso de las imágenes de los NNA y el uso que estas pueden tener en variados contextos y los daños que se pueden ocasionar. Aunque para muchos el caso de ELDEN se trató de oportunismo económico, para otros sigue siendo motivo de discusión por la exposición de este tipo de imágenes. Aunque muy seguramente la intención del disco no fue promover la pornografía infantil, el debate quedó abierto, en particular por el consentimiento ausente y el daño que esto pudo ocasionar en una era de la masificación de la información y del quebrantamiento a la identidad de la persona²²².

220 CARLOS ALFONSO LAVERDE RODRÍGUEZ, JOSÉ MARCOS VERA LEYTON, HÉCTOR ANDRÉS LÓPEZ NARANJO y ALEXANDER SELLAMÉN GARZÓN. *Tendencias en la economía colaborativa: una aproximación analítica*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2022, disponible en [<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/44898>].

221 La carátula fue la portada del disco “Nevermind” de la banda Nirvana, publicado en 1991.

222 ALYSSA ROSENBERG. “The baby from Nirvana’s ‘Nevermind’ cover is grown up and suing. He’s a lesson for today’s parents”, *The Washington Post*, 30 de Agosto de 2021, disponible en [<https://www.washingtonpost.com/opinions/2021/08/30/baby-nirvana-nevermind-parents-lessons/>].

CONCLUSIONES

Desgraciadamente, nosotros, que queríamos preparar el camino para la amabilidad no pudimos ser amables. Pero vosotros, cuando lleguen los tiempos en que el hombre sea amigo del hombre, pensad en nosotros con indulgencia.

BERTOLT BRECHT. *A los hombres futuros*

No acepto la afirmación actualmente de moda de que cualquier punto de vista es automáticamente tan digno de respeto como cualquier punto de vista igual y opuesto. Mi opinión es que la luna está hecha de roca. Si alguien me dice “Bueno, no has estado allí, ¿verdad? No lo has visto por ti mismo, por lo que mi opinión de que está hecho de queso de castor noruego es igualmente válida”, entonces ni siquiera puedo molestarme en discutir. Existe la carga de la prueba, y en el caso de Dios, como en el caso de la composición de la luna, esto ha cambiado radicalmente. Dios solía ser la mejor explicación que teníamos, y ahora tenemos otras mucho mejores. Dios ya no es una explicación de nada, sino que se ha convertido en algo que necesitaría una cantidad insuperable de explicaciones. Así que no creo que estar convencido de que no existe un dios sea un punto de vista tan irracional o arrogante como creer que existe. No creo que el asunto requiera imparcialidad en absoluto.

DOUGLAS ADAMS

Por pornografía infantil se entiende “toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña o adolescente dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”²²³. Este material está encaminado a la satisfacción de sujetos “desviados” sexualmente, quienes son incapaces por motivo de su psiquis de en-

marcar su actividad sexual en el marco legal²²⁴. Encontrándose esta desviación condenada normativa y socialmente, mediante la imposición de sanciones jurídicas como resultado del incumplimiento de una obligación de abstención de realización de la conducta.

Dicha sanción, regulada en el Código Penal (art. 218), resulta ineficiente como mecanismos de persuasión frente al delito de pornografía infantil toda vez que la sanción goza de una menguada certeza, pese al elevado monto del castigo, lo cual conduce a que la racionalidad misma del criminal evite, tras un breve análisis que este sea persuadido de la comisión de la conducta, máxime cuando este es, en virtud de sus preferencias, indiferente bien al cumplimiento de la ley o a la ley misma.

De allí que la pornografía con menor de 18 años en Colombia sea un delito que se comete cada vez más, gracias a las facilidades que ofrecen las tecnologías de la comunicación, la concurrencia de uno o varios factores de riesgo que ponen en vulnerabilidad a los NNA y la facilidad para producir material pornográfico ya sea por la filtración de imágenes fruto del *sexting*, pasando por el aprovechamiento de relaciones de poder de los adultos frente a los NNA para inducirlos a participar en actos sexuales, hasta la utilización de la violencia para obligar al NNA; sin embargo, a la par del crecimiento de la comisión del delito se ha dado lugar a la creación de varios instrumentos internacionales ratificados en Colombia y el desarrollo de estrategias para combatir en Colombia la ESCNNA y en especial la pornografía infantil.

Involucrados en esta lucha, no solo está la DIJIN y las diversas ONG que abanderan esta pugna, sino también las familias que sin un agente importante ya que en su núcleo se puede ofrecer la protección que evite al máximo poner en vulnerabilidad a los NNA, inculcando principios y valores que fortalezcan el carácter de los NNA para que de esta manera eviten implicarse en conductas que pueden terminar en la vulneración de sus derechos, como por ejemplo la filtración de imágenes que en un principio se crearon para compartir en pareja -*sexting*- o el contacto con pedófilos y redes de tráfico de personas con fines a la prostitución y pornografía -*grooming*-.

Así mismo, las denuncias contra páginas de internet han incrementado de forma considerable, demostrando que existe un compromiso en la sociedad civil en la lucha contra la pornografía infantil, sin

embargo es necesario generar más concientización sobre este fenómeno, educando a las personas para seguir estrategias de denuncia de actos en los que se vulneren a los NNA ya que con las tecnologías de la comunicación, la comisión de este delito se ha facilitado enormemente, y con el crecimiento de las denuncias también se crean nuevas estrategias a manos de redes criminales para producir y comercializar pornografía infantil a costa de los derechos de los NNA. El problema del miedo a la denuncia también radica en que quien lo hace, se convierte en parte del proceso y resulta involucrado e investigado o amenazado en muchas ocasiones.

Por último, es necesario reconocer que al final no se trata de lo bien o lo mal que funciona el sistema jurídico penal en términos de disuadir a los delincuentes con el aumento de las penas o la tipificación de nuevas conductas, si no de la ineficacia del sistema judicial mismo, cuyas raíces se encuentran comprometidas, a través de vínculos ampliamente denunciados con la criminalidad, la existencia de procesos paquidérmicos y la insuficiencia de los recursos y efectivos encaminados a hacer cumplir las leyes.

Cabe mencionar que futuros análisis que escapen a la capacidad de este trabajo, deberán realizarse para determinar la eficacia disuasoria de la norma sobre el conjunto de red que implica la ejecución del delito de pornografía infantil, así como para determinar la incidencia real de la disuasión a raíz de un estudio detallado con los transgresores de la norma en cuestión, que permita determinar la existencia o circulación física del material constitutivo de la violación a la norma penal en el país, en tanto como se ha visto, que las cifras existentes no son coincidentes entre el número de capturas y el cierre de sitios web destinados a esta actividad; sino que estas no tienen en cuenta según parece, formas alternas de distribución.

Del mismo modo, deberá tenerse en cuenta en futuros avances la naturaleza de transnacional de esta conducta y la complejidad del fenómeno mismo al momento de analizar la eficacia, no solo de la norma penal en cuestión, sino de los esfuerzos conjuntos de múltiples gobiernos por combatir este flagelo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABEL, RICHARD (ed.). *Encyclopedia of early cinema*, Londres, Routledge, 2004.
- ADLER, AMY. "The perverse law of child pornography", *Columbia Law Review*, vol. 101, n.º 2, 2001, pp. 209 a 273.
- AGUILAR GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA y CRISTINA CASTRO SOTOS. "Las normas jurídicas como incentivos: Unas breves notas sobre el análisis económico del derecho", *Kinesis*, n.º 3, 2006.
- AGUSTINA, JOSÉ RAMÓN (dir). "¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores?", en *La pornografía, sus efectos sociales y criminógenos*, Buenos Aires, Edit. B de F, 2011.
- AVERY, LAURA E. "The categorical failure of child pornography", *Widener Law Review*, vol. 21, n.º 1, 2015, pp. 51 a 94.
- BAILEY, S. *Victorian values: an introduction*, Montreal, Dawson College, 2008.
- BAILEY, WILLIAM C. "Deterrence, brutalization, and the death penalty: another examination of Oklahoma's return to capital punishment", *Criminology*, vol. 36, n.º 4, 1998, pp. 711 a 734.
- BASABE SERRANO, SANTIAGO. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de los sistemas*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala y Corporación Editora Nacional, 2003.
- BATAILLE, GEORGES. *El culpable*, Madrid, Taurus, 1974.
- BAUDRILLARD, JEAN. *El complot del arte, ilusión y desilusión estéticas*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007.

- BAUMAN, ZYGMUNT. “Amor líquido, acerca de la fragilidad de los vínculos humanas”, *El Cultural*, 1.º de septiembre de 2005, disponible en [https://www.elespanol.com/el-cultural/letras/20050901/amor-liquido-acerca-fragilidad-vinculos-humanos/5250114_o.html].
- BECCARIA, CESARE. *On crimes and punishments*, HENRY PAOLUCCI (trad.), Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1963.
- BECKER, GARY S. “Crime and punishment: an economic approach”, en GARY S. BECKER y WILLIAM M. LANDES (eds.). *Essays in the economics of crime and punishment*, Nueva York, National Bureau of Economic Research, 1974.
- BECKER, GARY S. “The economic way of looking at life”, *Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper*, n.º 12, 1993.
- BECKER, HOWARD. *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, México D. F., Siglo XXI, 2009.
- BERNAL CAMARGO, DIANA ROCÍO; ANTONIO VARÓN MEJÍA, ADRIANA BECERRA BARBOSA, KELLY CHAIB DE MARES, ENRIQUE SECO MARTÍN y LORENA ARCHILA DELGADO. “Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes: modelo de intervención”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 11, n.º. 2, 2013, pp. 617 a 632, disponible en [<https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/18485/2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>].
- BINDER, ALBERTO M. “La política criminal en el marco de las políticas públicas bases para el análisis político-criminal”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 12, 2010, pp. 209 a 227, disponible en [<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15236>].
- BOTERO DUQUE, MARÍA EUGENIA; NELSON TÉLLEZ RODRÍGUEZ, AÍDA CONSTANTÍN, CARMEN ESTHER ORJUELA y LUZ YANETH FORERO. “Dictamen de edad: parámetros generales para su abordaje”, en *Medicina forense: manual integrado*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002.

- BOWERS, WILLIAM J. y GLENN L. PIERCE. "The illusion of deterrence in Isaac Ehrlich's research on capital punishment", *The Yale Law Journal*, vol. 85, n.º 2, 1975, pp. 187 a 208.
- BREZILLON, MICHEL. *Dictionnaire de la prehistoire*, Berlín, Larousse, 1969.
- BT3NEW. "Report Mainz - Second Life", 8 de mayo de 2007, disponible en [<https://www.youtube.com/watch?v=Wk8uNWF77gg>].
- BURKE, ANNE; SHAWN SOWERBUTTS, BARRY BLUNDELL y MICHAEL SHERRY. "Child pornography and the internet: policing and treatment issues", *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 9, n.º 1, 2002, pp. 79 a 84.
- CACHO, LYDIA. *Los demonios del Edén: el poder que protege a la pornografía infantil*, Barcelona, Debolsillo, 2015.
- CAMPBELL, LEVIN H. "United States v. Robert P. Deane, 914 F.2d 11 (1st Cir. September 10, 1990) (1990 U.S. App. LEXIS 15797)", *Federal Sentencing Reporter*, vol. 3, n.º 6, purposes at sentencing, 1991, pp. 320 a 322.
- CARTER, ANGELA. *The Sadeian woman and the ideology of pornography*, Nueva York, Pantheon, 1978.
- CHIN, VIVIANNE e YVON DANDURAND. *Guía de introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de delincuentes*, Nueva York, Naciones Unidas, 2013, disponible en [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_SocialReintegration_ESP_LR_final_online_version.pdf].
- CITA TRIANA, RICARDO ANTONIO e IVÁN GONZÁLEZ AMADO. *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017.
- COCHRAN, JOHN K.; MITCHELL B. CHAMLIN y MARK SETH. "Deterrence or brutalization? an impact assessment of Oklahoma's return to capital punishment", *Criminology*, vol. 32, n.º 1, 1994, pp. 107 a 134.

“¿Cómo combatir los abusos sexuales a niños y la pornografía infantil?”, *Noticias Parlamento Europeo*, 17 de noviembre de 2010, disponible en [<https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20101112STO94319/como-combatir-los-abusos-sexuales-a-ninos-y-la-pornografia-infantil>].

COOK, PHILIP J. y JENS LUDWIG. “Economical crime control,” en PHILIP J. COOK, JENS LUDWIG y JUSTIN MCCRARY (eds.). *Controlling crime: strategies and tradeoffs*, Chicago, University of Chicago Press, 2011.

COOTER, ROBERT y THOMAS ULEN. *Derecho y economía*, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Sentencia No. T-408 de 12 de septiembre de 1995. Magistrado Ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-408-95.htm>].

Sentencia C-061 de 30 de enero de 2008, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-061-08.htm>].

Sentencia C-313 de 29 de mayo de 2014, M. P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>].

Sentencia C-258 de 06 de mayo de 2015. Expediente D-10341 del 06 de mayo de 2015. Magistrado Ponente: Dr JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-258-15.htm>].

Sentencia C-054 de 10 de febrero de 2016, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-054-16.htm>].

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia SP-102 de 7 de febrero de 2018, M. P.: JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA, disponible en [[https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scp_sp102-2018\(44074\)_2018.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scp_sp102-2018(44074)_2018.htm)].
- CUADROS FERRÉ, ISABEL y MARTHA ORDÓÑEZ VERA. *La infancia rota: testimonios y guías para descubrir y tratar el abuso sexual infantil*, Bogotá, Norma, 2006.
- DE LA ROSA, JOSÉ. *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- DECKER, SCOTT H. y CAROL W. KOHFELD. “The deterrent effect of capital punishment in the five most active execution states: a time series analysis”, *Criminal Justice Review*, vol. 15, n.º 2, 1990, pp. 173 a 191.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Diagnóstico matrimonio infantil y uniones tempranas en Colombia*, Bogotá, DNP, diciembre de 2019, disponible en [<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Social/Documentos/Diagnostico-Matrimonio-Infantil-Uniones-Tempranas.pdf>].
- DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS. “Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 16, 2012, pp. 31 a 54, disponible en [<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/29492>].
- DOVER, KENNETH JAMES. *Greek homosexuality*, Oxford, Harvard University Press, 1989.
- DUARTE, J. *Tráfico de menores con fines a la prostitución*, Bogotá, Universidad Jorge Tadeo Lozano, 2002.
- DUTTA, TANISHA y VINAYAK S. ADANE. “Symbolism in Hindu temple architecture and fractal geometry: thought behind form”, *International Journal of Science and Research*, vol. 3, n.º 12, 2014, pp. 489 a 497, disponible en [<https://www.ijsr.net/archive/v3i12/U1VCMTQzMjI=.pdf>].

- DWORKIN, ANDREA. *Pornography: men possessing women*, Nueva York, A Perigee Book, 1981.
- DWORKIN, RONALD. “Libertad y pornografía”, *No Hay Derecho*, n. ° 6, 1992, pp. 2 a 5, disponible en [<https://ahira.com.ar/ejemplares/no-hay-derecho-no-6/>].
- DYE, THOMAS R. *Understanding public policy*, Nueva Jersey, Prentice Hall, 2008. p. 9.
- ECPAT INTERNACIONAL. *Informe global de monitoreo de las acciones en contra de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes*. Colombia, Bangkok, ECPAT Internacional, 2006, disponible en [<https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/1264?locale=es>].
- EDRMAN, ANDREW L. *Blue vaudeville: sex, morals and the mass marketing of amusement, 1895-1915*, Londres, McFarland, 2004.
- EGGESTEIN, JASMINE V. y KENNETH J. KNAPP. “Fighting child pornography: a review of legal and technological developments”, *Journal of Digital Forensics, Security and Law*, vol. 9, n. ° 4, 2014, pp. 29 a 48, disponible en [<https://core.ac.uk/download/pdf/217162965.pdf>].
- ELLIS, ANTHONY. “Deterrence theory of punishment”, *The Philosophical Quarterly*, vol. 53, n. ° 212, 2003, pp. 337 a 351.
- ENDRASS, JÉRÔME; FRANK URBANIOK, LEA C. HAMMERMEISTER, CHRISTIAN BENZ, THOMAS ELBERT, ARJA LAUBACHER y ASTRID ROSSEGGER. “The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending”, *BMC Psychiatry*, vol. 9, n. ° 43, 2009, pp. 1 a 7, disponible en [<https://bmcpsy psychiatry.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/1471-244X-9-43.pdf>].
- ESCOBAR LÓPEZ, EDGAR. *De los delitos sexuales*, Bogotá, Leyer, 2013.
- ESCOFFIER, JEFFREY. *Bigger than life: the history of gay porn cinema from beefcake to hardcore*, Filadelfia, Runing Press, 2009.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. *Manual para mejorar las técnicas de investigación policial en la lucha contra la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes ESCNNA*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2007.

FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Estado de la población mundial 2019: un asunto pendiente. La defensa de los derechos y libertades de decidir de todas las personas*, Nueva York, UNFPA, 2019, disponible en [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/UNFPA_PUB_2019_ES_Estado_de_la_Poblacion_Mundial.pdf].

FORD, LUKE. *A history of X : 100 years of sex in film*, Nueva York, Prometheus Books, 1999.

FOUCAULT, MICHEL. *La historia de la sexualidad: la voluntad del saber*, ULISES GUIÑAZÚ (trad.), México D. F., Siglo XXI, 2006.

FREI, ANDREAS; NURAY ERENAY, DITTMANN VOLKER y MARC GRAF. "Paedophilia on the Internet - a study of 33 convicted offenders in the Canton of Lucerne," *Swiss Medical Weekly*, vol. 135, n.ºs 33 y 34, 2005, pp. 488 a 494.

FUNDACIÓN ANTONIO RESTREPO BARCO. *Escenarios de la infamia: explotación sexual de niños, niñas y adolescentes*, Bogotá, Fundación Renacer, 2006.

GENDREAU, PAUL; CLAIRE GOGGIN y FRANCIS T. CULLEN. *The effects of prison sentences on recidivism*, Canadá, Public Works and Government Services, 1999.

GERO, JOAN M. y MARGARET W. CONKEY. *Engendering archaeology: women and prehistory*, Nueva York, Wiley-Blackwell, 1991.

GÓMEZ, ERICK. *La explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes: una aproximación sociológica*, México D. F., Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2005.

- GOODE, ERICH y NACHMAN BEN-YEHUDA. "Moral panics: culture, politics and social construction", *Annual Review of Sociology*, vol. 20, 1994, pp. 149 a 171, disponible en [<https://ssc.wisc.edu/~oliver/SOC924/Articles/GoodePanics.pdf>].
- GRIFFIN, SUSAN. *Pornography and silence: cultures revenge against nature*, Nueva York, Harper and Tow, 1981.
- GROGGER, JEFFREY. "Certainty vs. severity of punishment", *Economic Inquiry*, vol. 29, n° 2, 1991, pp. 297 a 309.
- HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS. *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 1961.
- HEARTNEY, ELEANOR. "Pornography", *Art Journal*, 50, n.º 4, 1991, pp. 16 a 19.
- HECLO, HUGH. "Policy analysis", *British Journal of Political Science*, vol. 2, n.º 1, 1972, pp. 83 a 108.
- HEUMANN, SUZIE. *Kama Sutra total*, Barcelona, Robinbook, 2007.
- HILL, JUDITH M. "Pornography and degradation", *Hypatia*, vol. 2, n.º 2, 1987, pp. 39 a 54.
- HUNT, LYNN. "La vida privada durante la Revolución francesa", en PHILIPPE ARIES y GEORGES DUBY. *De la Revolución francesa a la Primera Guerra Mundial. Historia de la vida privada – 4*, Barcelona, Edit. Titivillus, 1998.
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. *Análisis de la situación de explotación sexual comercial en Colombia: una oportunidad para garantizar la protección de niños, niñas y adolescentes*, Bogotá, ICBF, 2014, disponible en [<https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/publicacion-51.pdf>].
- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. *Criterios de clasificación de páginas de internet con contenidos de pornografía infantil*, Bogotá, ICBF, 2004.

- JAKOBS, GUNTER. *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JEFFREYS, SHEILA. *La industria de la vagina: la economía política de la comercialización global del sexo*, Mexico D. F., Paidós, 2011.
- JEWKES, YVONNE y KEITH SHARP. "Crime, deviance and the disembodied self: transcending the danger of corporeality", en YVONNE JEWKES (ed.). *Dot.cons: crime, deviance and identity on the Internet*, Nueva York, Routledge, 2003.
- KATYAL, NEAL K. "Conspiracy theory", *The Yale Law Journal*, vol. 112, n.º 6, 2003, pp. 1.307 a 1.346.
- KING, DAVID R. "The brutalization effect: execution publicity and the incidence of homicide in South Carolina", *Social Forces*, vol. 57, n.º 2, 1978, pp. 683 a 689.
- LACOMBE, DANNY. "Child pornography and sexual grooming: legal and societal responses. By Suzanne Ost", *Law & Society Review*, vol. 44, n.º 2, 2010, pp. 407 a 409.
- LAVERDE RODRÍGUEZ, CARLOS ALFONSO; JOSÉ MARCOS VERA LEYTON, HÉCTOR ANDRÉS LÓPEZ NARANJO y ALEXANDER SELLAMÉN GARZÓN. *Tendencias en la economía colaborativa: una aproximación analítica*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2022, disponible en [<https://repository.usta.edu.co/handle/11634/44898>].
- LAWRENCE, DAVID HERBERT. *Pornografía y obscenidad*, IAIR KON (trad.), Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2017.
- LEVINE, JUDITH. *No apto para menores*, México D. F., Océano, 2006.
- LEWIS, CLIVE STAPLES. *God in the dock: essays on theology and ethics*, Michigan, William B. Eerdmans Publishing Company, 1970.
- Ley 599 de 24 de julio 2000, *Diario Oficial*, n.º 44.097 de 24 de julio de 2000, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230>].

Ley 679 de 4 de agosto de 2001, *Diario Oficial*, n.º 44.509 de 4 de agosto de 2001, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1665974>].

Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006, *Diario Oficial*, n.º 46.446 de 8 de noviembre de 2006, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1673639>].

Ley 1336 de 21 de julio de 2009, *Diario Oficial*, n.º 47.417 de 21 de julio de 2009, disponible en [<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677663>].

Ley n.º 30096 de 22 de octubre de 2013, *Diario Oficial El Peruano*, n.º 12.627, de 22 de octubre de 2013, disponible en [<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30096.pdf>].

Ley n.º 30171 de 10 de marzo de 2014, *Diario Oficial El Peruano*, n.º 12.780, de 10 de marzo de 2014, disponible en [<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/30171.pdf>].

LÓPEZ MUÑOZ, EUGENIA. “Sexismo, violencia y juegos electrónicos”, en ÁNGELES DE LA CONCHA MUÑOZ (coord.). *El sustrato cultural de la violencia de género: literatura, arte, cine y videojuegos*, Madrid, Síntesis, 2010.

LÓPEZ, MARÍA CECILIA. *Abuso sexual: cómo prevenirlo, cómo detectarlo*, Buenos Aires, Paidós, 2010.

LOWENKRON, LAURA. “All against pedophilia? Ethnographic notes about a contemporary moral crusade”, *Vibrant Virtual Brazilian Anthropology*, vol. 10, n.º 2, 2013, pp. 39 a 72, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=406941916002>].

LUST, ERIKA. *Porno para mujeres*, España, Melusina, 2008.

MACKINNON, CATHARINE A. y ANDREA DWORKIN. *Pornography and civil rights: a new day for women's equality*, Minneapolis, Organizing Against Pornography, 1997.

- MADDEN, THOMAS. *From Jesus to Christianity: a history of the early church*, San Luis, Recorded Books, 2005.
- MARINA, JOSÉ ANTONIO. *Las arquitecturas del deseo: una investigación sobre los placeres del espíritu*, Barcelona, Anagrama, 2007.
- MARSHALL, LIAM E.; MATT D. O'BRIEN, W. L. MARSHALL, BRAD BOOTH y ALISON DAVIS. "Obsessive-compulsive disorder, social phobia, and loneliness in incarcerated internet child pornography offenders", *Sexual Addiction & Compulsivity: The Journal of Treatment & Prevention*, vol. 19, n.º 1 y 2, 2012, pp. 41 a 52.
- MARZANO, MICHELA. *La pornografía o el agotamiento del deseo*, Buenos Aires, Manantial, 2006.
- MASTERS, WILLIAM H. y VIRGINIA E. JOHNSON. *Human sexual response*, Boston, Little Brown & Co., 1966.
- MAYER LUX, LAURA. "Almacenamiento de pornografía en cuya elaboración se utilice a menores de dieciocho años: un delito asistemático, ilegítimo e inútil", *Política Criminal*, vol. 9, n.º 17, 2014, pp. 27 a 57, disponible en [<https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v9n17/arto2.pdf>].
- MAYER, MARCOS. *La infancia abusada: pedofilia y sociedad*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2009.
- MCGOWAN, MARY KATE. "On pornography: MacKinnon, speech acts, and 'false' Construction", *Hypatia: A Journal of Feminist Philosophy*, vol. 20, n.º 3, 2005, pp. 50 a 74.
- McKEE, ALAN; KATH ALBURY y CATHARINE LUMBY. *The porn report*, Melbourne, Melbourne University Press, 2008.
- McLAUGHLIN, JULIA HALLORAN. "Crime and punishment: teen sexting in context", *Penn State Law Review*, vol. 115, n.º 1, 2010, pp. 135 a 181, disponible en [<http://www.pennstatelawreview.org/115/1/115%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%20135.pdf>].

- MEYER, JOHANN JAKOB. *Sexual life in ancient India: a study in the comparative history of Indian culture*, Nueva Delhi, Motilal Banarsidass Publishing House, 1971.
- MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA. *Análisis de derecho comparado sobre ciberdelincuencia, ciberterrorismo y ciberamenazas al menor*, Madrid, 2015.
- MOCAN, NACI H. y R. KAJ GITTINGS. “The impact of incentives on human behavior: can we make it disappear? The case of the death penalty”, en RAFAEL DI TELLA, SEBASTIAN EDWARDS y ERNESTO SCHARGRODSKY (eds.). *The economics of crime: lessons for and from Latin America*, Chicago, Chicago University Press, 2010.
- MOLINA, MARÍA LOURDES; ALEJANDRA BARBICH y MARTA FONTENLA. *Explotación sexual: evaluación y tratamiento*, Buenos Aires, Librería de Mujeres Editoras, 2010.
- MONGE FERNÁNDEZ, ANTONIA. *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*, Barcelona, Bosch, 2011.
- NAPHY, WILLIAM G. *Sex crimes: from Renaissance to enlightenment*, Reino Unido, Tempus, 2004.
- NIÑO, TATERU. “Sky News targets sexual ageplay in Second Life again”, *Engadget*, 4 de marzo de 2008, disponible en [<https://www.engadget.com/2008-03-03-sky-news-targets-sexual-ageplay-in-second-life-again.html>].
- O'BRIEN, MATT D. y STEPHEN D. WEBSTER. “The construction and preliminary validation of the Internet Behaviours and Attitudes Questionnaire (IBAQ)”, *Sex Abuse*, vol. 19, n.º 3, 2007, pp. 237 a 256.
- ORJUELA LÓPEZ, LILIANA; BELKIS CABRERA DE LOS SANTOS FINALÉ, JUAN CALMAESTRA VILLÉN, JOAQUÍN A. MORA MERCHÁN y ROSARIO ORTEGA RUIZ. *Acoso escolar y ciberacoso: propuestas para la acción*, Madrid, Save The Children, 2013, disponible en [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/acoso_escolar_y_ciberacoso_informe_vok_-_05.14.pdf].

- ORSAGH, THOMAS y JONG RONG CHEN. "The effect of time served on recidivism: an interdisciplinary theory", *Journal of Quantitative Criminology*, vol. 4, 1988, pp. 155 a 171.
- OSBORNE, RAQUEL. *Las mujeres en la encrucijada de la sexualidad*, Barcelona, LaSal, 1989.
- OSBORNE, RAQUEL. *La construcción sexual de la realidad*, Madrid, Cátedra, 1993.
- OST, SUZANNE. *Child pornography and sexual grooming: legal and societal responses*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- PALEY, MAGGIE. *The book of the penis*, Nueva York, Grove Press, 2000.
- PASTOR ESCOBAR, RAQUEL y RAQUEL ALONSO NOGUEIRA (coords.). *Explotación sexual comercial infantil: un manual con perspectiva de género y derechos humanos*, México D. F., Ubijus Editorial, 2007.
- PASTOR PRIETO, SANTOS. *Sistema jurídico y economía: una introducción al análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1989.
- PRADA, NANCY. "Todas las caperucitas rojas se vuelven lobos en la práctica pospornográfica", *Cuadernos Pagu*, n.º 38, 2012, pp. 129 a 158, disponible en [<https://www.scielo.br/j/cpa/a/6DBGyCqbzznC7dZBQvYgQGp/abstract/?lang=es>].
- PRESCOTT, J.J. "Child pornography and community notification: how an attempt to reduce crime can achieve the opposite", *Federal Sentencing Reporter*, vol. 24, n.º 2, 2011, pp. 93 a 101.
- QUAYLE, ETHEL. "The Copine Project", *Irish Probation Journal*, vol. 5, n.º 2008, pp. 65 a 83, disponible en [https://www.pure.ed.ac.uk/ws/portalfiles/portal/12893845/The_COPINE_Project.pdf].
- QUAYLE, ETHEL y MAX TAYLOR. "Child pornography and the internet: perpetuating a cycle of abuse", *Deviant Behavior*, vol 23, n.º 4, 2002, pp. 331 a 361.

- QUINCHE, MANUEL FERNANDO. *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2012.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Pornografía”, disponible en [<https://dle.rae.es/pornograf%C3%ADa>].
- RENGEL, MARIAN. *Encyclopedia of birth control*, Phoenix, Oryx Press, 2000.
- RIEGEL, DAVID L. “Effects on boy-attracted pedosexual males of viewing boy erotica”, *Archives of Sexual Behavior*, vol. 33, n.º 4, 2005, pp. 321 a 323.
- ROMERO SÁNCHEZ, ADRIANA; NADIA LIZARAZO VARGAS y LINA MARÍA CAMACHO PINZÓN. *Crimen y política pública criminal: elementos para la configuración del Observatorio de Política Criminal*, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 2017, disponible en [<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/o/documento/CriyPolPubCri.pdf?ver=2017-06-06-094951-850>].
- ROSE, RICHARD y PHILLIP L. DAVIES. *Inheritance in public policy: change without choice in Britain*, New Haven, Yale University Press, 1994.
- ROSENBERG, ALYSSA. “The baby from Nirvana’s ‘Nevermind’ cover is grown up and suing. He’s a lesson for today’s parents”, *The Washington Post*, 30 de Agosto de 2021, disponible en [<https://www.washingtonpost.com/opinions/2021/08/30/baby-nirvana-nevermind-parents-lessons/>].
- RUDGLEY, RICHARD. *Secrets of the Stone Age: a prehistoric journey*, Londres, Century, 2000.
- RUSSELL, GABRIELLE. “Pedophiles in wonderland: censoring the sinful in cyberspace”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98, n.º 4, 2008, pp. 1.467 a 1.500.
- RYDER, BRUCE. “The harms of child pornography law”, *UBC Law Review*, vol. 36, n.º 1, 2003, pp. 101 a 135, disponible en [https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1703&context=scholarly_works].

- SADE, DONATIEN ALPHONSE FRANÇOIS. *Obras completas*, Buenos Aires, Corregidor, 1965.
- SCHÜSSLER, AURA. "Pornography and postmodernism", *Postmodern Openings*, vol. 4, n.º 3, 2013, pp. 7 a 23, disponible en [https://postmodernopenings.com/wp-content/uploads/2013/09/1_Pornography_and_postmodernism.pdf].
- SEIGFRIED SPELLAR, KATHRYN C. "Distinguishing the viewers, downloaders, and exchangers of internet child pornography by individual differences: preliminary findings", *Digital Investigation*, vol. 11, n.º 4, 2014, pp. 252 a 260.
- SENTENCING COUNCIL. *Sexual Offences. Definitive Guideline*, abril de 2014, disponible en [<https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sexual-offences-definitive-guideline-Web.pdf>].
- SÉPTIMO DÍA. "Inocencia vendida: el descarado negocio de la pornografía infantil en Colombia", *Caracol TV*, 8 de febrero de 2015, disponible en [<https://www.caracoltv.com/septimo-dia/inocencia-vendida-pornografia-infantil-en-colombia-en-el-ojo-del-huracan>].
- SETO, MICHAEL C. y ANGELA W. EKE. "The criminal histories and later offending of childhood pornography offenders", *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, vol. 17, n.º 2, 2005, pp. 201 a 210.
- SHARP, KEITH y SARAH EARLE. "Cyberpunters and cyberwhores: prostitution on the internet", en YVONNE JEWKES (ed.). *Dot.cons: crime, deviance and identity on the internet*, Reino Unido, Willan, 2003.
- SHIPP, ETHELEEN RENEE. "Federal judge hears arguments on validity of Indianapolis pornography", *The New York Times*, 31 de julio de 1984, disponible en [<https://www.nytimes.com/1984/07/31/us/federal-judge-hears-arguments-on-validity-of-indianapolis-pronography-measure.html>].
- SMITH, ALLISON. *The Victorian nude: sexuality, morality, and art*, Manchester, Manchester University Press, 1996.

- SPEARLT. "Child pornography sentencing and demographic data: reforming through research", *Federal Sentencing Reporter*, vol. 24, n.º 2, 2011, pp. 102 a 107.
- STANLEY, LAWRENCE A. "Art and perversion: censoring images of nude children", *Art Journal*, vol. 50, n.º 4, 1991, pp. 20 a 27.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA. *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual: análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Navarra, Aranzadi, 2002.
- TAYLOR, MAX; ETHEL QUAYLE y GEMMA HOLLAND. "Child pornography, the internet and offending", *Isuma - Canadian Journal of Policy Research*, vol. 2, n.º 2, 2001, pp: 94 a 100.
- TIRADO ACERO, MISAEL. *Comercio sexual, una mirada desde la sociología jurídica*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- TIRADO ACERO, MISAEL. *Comercio sexual*, Bogotá, ILAE, 2013.
- TIRADO ACERO, MISAEL. "Contribuciones al debate jurídico del trabajo sexual en Colombia", *Novum Jus*, vol. 8, n.º 1, 2014, pp. 11 a 37, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/647>].
- TIRADO ACERO, MISAEL. "La construcción de los derechos sexuales de los NNA en la jurisdicción indígena", en LAURA LORA (comp.). *Infancias, narrativas y derechos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2021.
- TIRADO ACERO, MISAEL; CÉSAR OLIVEROS AYA y CARLOS ALFONSO LAVERDE RODRÍGUEZ. *Robótica y sexualidad*, Bogotá, ILAE, 2021, disponible en [<https://www.ilae.edu.co/libros/712>].

- TIRADO ACERO, MISAEL y JENNIFFER PINILLA LEÓN. *Eficacia simbólica de las decisiones judiciales. Diálogo intercultural e interjurisdiccional entre la justicia especial indígena (JEI) y la justicia ordinaria (JO)*, Bogotá, ILAE, 2022, disponible en [<https://www.ilae.edu.co/libros/755>].
- TIRADO ACERO, MISAEL. *Explotación sexual de niños, niñas y adolescentes: ESCNNA en cuatro países del cono sur*, Bogotá, ILAE, 2022, disponible en [<https://www.ilae.edu.co/libros/752>].
- TIRADO ACERO, MISAEL; J. OLMEDO, S. RODRÍGUEZ y O. HERRÁN. *Delitos contra niños, niñas y adolescentes infancia y adolescencia desde el enfoque diferencial, de género y de derecho*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, 2012.
- TIRADO ACERO, MISAEL y JUAN CAMILO BEDOYA CHAVARRIAGA. “Análisis económico del derecho aplicado a la enseñanza del Derecho: una aproximación al uso de la Teoría de Juegos”, *Civilizar: Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 18, n.º 34, 2018, pp. 13 a 32, disponible en [<https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ccsh/article/view/v18n34a01>].
- TODOROSKA GJURCHEVSKA, SLOBODANKA; LIDIJA NAUMOVSKA y ATANAS KOZAREV. “Psycho-sociological personality traits of sexual offenders”, *Human: Journal for Interdisciplinary Studies*, vol. 5, n.º 1, 2015, pp. 14 a 20.
- TORRES MELO, JAIRO y JAIRO SANTANDER. *Introducción a las políticas públicas: conceptos y herramientas desde la relación entre Estado y ciudadanía*, Bogotá, IEMP Ediciones, 2013.
- U.S. SUPREME COURT. *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969), Stanley v. Georgia n.º 293, Argued January 14-15, 1969; Decided April 7, 1969, 394 U.S. 557, disponible en [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/557/>].
- “Unicef promueve estrategia para erradicar la explotación sexual”, *Vanguardia*, 1.º de septiembre de 2013, disponible en [<https://www.vanguardia.com/colombia/unicef-promueve-estrategia-para-erradicar-la-explotacion-sexual-OBVL223195>].

- UPRIMNY YEPES, RODRIGO. “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, *Dejusticia*, 12 de diciembre de 2005, disponible en [https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf].
- VEGA ARRIETA, HAROLD. “El análisis gramatical del tipo penal”, *Justicia*, vol. 21, n.º 29, 2016, pp. 53 a 71, disponible en [<https://revistas.unisimon.edu.co/index.php/justicia/article/view/773>].
- VELÁSQUEZ GAVILANES, DAVID. “Hacia una nueva definición del concepto de política”, *Desafíos*, vol. 20, 2009, pp. 149 a 187, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/433>].
- VÉLEZ RODRÍGUEZ, LUIS ANDRÉS. “¿Se encuentra justificada la actual política criminal contra agresores sexuales?”, *Nuevo Foro Penal*, vol. 3, n.º 71, 2007, pp. 92 a 114, disponible en [<https://core.ac.uk/download/pdf/290652142.pdf>].
- VERSTRAETE, BEERTE C. y VERNON L. PROVENÇAL. *Same-sex desire and love in Greco-Roman antiquity and the classical tradition of the West*, Reino Unido, Psychology Press, 2005.
- VOON, VALERIE; THOMAS B. MOLE, PAULA BANCA, LAURA PORTER, LAUREL MORRIS, SIMON MITCHELL, TATYANA R. LAPA, JUDY KARR, NEIL A. HARRISON, MARC N. POTENZA y MICHAEL IRVINE. “Neural correlates of sexual cue reactivity in individuals with and without compulsive sexual behaviors”, *PLOs ONE*, vol. 9, n.º 7, 2014, pp. 1 a 10, disponible en [<https://journals.plos.org/plosone/article/file?id=10.1371/journal.pone.0102419&type=printable>].
- WACQUANT, LOÏC. *Punishing the poor: the neoliberal government of poverty*. Durham: Duke university press, 2009
- WALKOWITZ, JUDITH. *Prostitution and Victorian society: women, class, and the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

WENDELIN, GRETA. "A rhetoric of pornography: private style and public policy in 'The maiden tribute of modern Babylon'", *Rhetoric Society Quarterly*, vol. 42, n.º 4, 2012, pp. 375 a 396.

WOLAK; JANIS, DAVID FINKELHOR y KIMBERLY J. MITCHELL. *Child pornography possessors arrested in internet-related crimes: findings from the national juvenile online victimization study*, Virginia, National Center for Missing and Exploited Children, 2005.

WRIGHT, VALERIE. *Deterrence in criminal justice: evaluating certainty vs. severity of punishment*, Washington D. C., The Sentencing Project, 2010, disponible en [<https://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2016/01/Deterrence-in-Criminal-Justice.pdf>].

ZIRKEL, PERRY A. "All a twitter about sexting", *The Phi Delta Kappan*, vol. 91, n.º 2, 2009, pp. 76 a 77.

LOS AUTORES

Misael Tirado Acero

[misaeltirado@gmail.com]

Posdoctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Evaluación Social de Proyectos de la Universidad de los Andes. Especialista en Economía de la Universidad de los Andes. Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia. Investigador Grupo Red de Estudios Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas –RESCYPP–, línea de investigación Política Criminal, Derecho Penal y Criminología, Grupo “Derecho Público” línea de investigación Derecho Penal. Docente TC de carrera, Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho sede Campus. Docente de Posgrados de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia. Par evaluador Minciencias, Consejo Nacional de Acreditación –CNA–, integrante Sala de Evaluación de Administración de Empresas y Derecho de la CONACES - Ministerio de Educación Superior. Consultor Naciones Unidas.

Jennifer Pinilla León

[pinillaj@gmail.com]

Doctoranda de la Universidad de Salamanca, España, programa “Estado de Derecho y Gobernanza Global”. Magíster en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente tiempo completo de carrera de la Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho Sede Campus y de cátedra de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Investigadora Grupo Red de Estudios Jurídicos y Sociojurídicos Comparados y Políticas Públicas, –RESCYPP–, línea de investigación Política Criminal, Derecho Penal y Criminología. Líder del Semillero de Investigación en Justicia Transicional y abogada litigante en Alumbra Asesores SAS.

Carlos Alfonso Laverde Rodríguez

[smials1@gmail.com]

Doctor en Ciencias Sociales con Especialidad en Sociología de El Colegio de México –COLMEX–. Magíster en Ciencias Políticas y Sociales por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales y Especialista en Historia del Pensamiento Económico por la Facultad de Economía, ambos títulos de la Universidad Nacional Autónoma de México –UNAM–. Sociólogo y Economista de la Universidad Santo Tomás. Docente de la Facultad de Economía de la Universidad Santo Tomás y la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad La Gran Colombia. Investigador del Grupo Economía y Humanismo de la Facultad de Economía (USTA). Investigador del Grupo de Derecho Penal Contemporáneo (UGC).



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,
en junio de 2022

Se compuso en caracteres Minion Pro de 11 y 9 ptos.

Bogotá, Colombia