

LA PORNOGRAFÍA Y LAS NUEVAS PRÁCTICAS QUE LESIONAN EL  
BIEN JURÍDICO DE LA LIBERTAD, LA FORMACIÓN Y LA INTEGRIDAD  
SEXUAL

JULIANA AREIZA ZAPATA

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO PARA OPTAR AL TÍTULO DE MAGÍSTER EN  
DERECHO PENAL

DIRIGIDO POR  
JUAN SEBASTIAN TISNÉS PALACIO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL  
ESCUELA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD EAFIT  
MEDELLÍN – ANTIOQUIA  
2018

## Tabla de contenido

Resumen .....	3
Abstract .....	4
Introducción .....	5
1. La pornografía infantil: pasado y presente de esta práctica.....	8
1.2. La pornografía infantil como delito en el derecho interno .....	14
2. El "grooming" y el "sexting" como fenómenos criminales que propician la pornografía infantil .....	17
2.1. El grooming y el sexting análisis doctrinal y legislativo (España – Argentina). .....	18
3. El grooming y el sexting en Colombia, una mirada desde la perspectiva del Título IV de la Ley 599 de 2000.....	29
Conclusiones .....	40
Recensión a la Sentencia 45868.....	41
Bibliografía .....	45

## **Resumen**

En el presente trabajo, se hace un análisis de un fenómeno propiciado por las nuevas tecnologías de la información, una práctica a la cual se exponen los menores de edad, los cuales mediante el engaño o la intimidación, terminan siendo víctimas de personas u organizaciones dedicadas a capturar imágenes o videos de contenido sexual, material documental que es utilizado con ánimo de lucro o para satisfacer deseos personales, situación que vulnera de manera grave el bien jurídico libertad, integridad y formación sexual de los menores de edad.

Lo anterior, partiendo de un sucinto recorrido por la redacción normativa presente en Argentina y España, países que ya cuentan dentro de su regulación penal con castigos para este tipo de comportamientos, aspecto que hace evidente la necesidad de que el Estado colombiano ajuste su regulación interna a estas nuevas realidades, ya que en la actualidad su inacción en esta desde la preceptiva de la necesidad de la pena, constituye una omisión legislativa relativa, en atención a que si bien es cierto existe una normatividad que protege al menor en la Ley 599 de 2000, esta se torna insuficiente, por cuanto no se hace expresa referencia al *grooming* o al *sexting* como conductas castigables desde la esfera penal.

## **Palabras Clave**

Nuevas tecnologías de la Información, ciberdelito, acoso sexual, menor de edad, libertad integridad y formación sexual.

## **Abstract**

In this work, an analysis is made of a phenomenon propitiated by the new information technologies, a practice to which the minors are exposed, which by means of the deception or the intimidation, end up being victims of people or organizations Engaged in capturing images or videos of sexual content, documentary material that is used for profit or to satisfy personal desires, situation that seriously violates the legal good freedom, integrity and sexual formation.

The foregoing, starting from a concise tour of the normative drafting present in Argentina and Spain, countries that already have within their penal regulation with penalties for this type of behaviour, aspect that makes evident the necessity that the Colombian State Adjust its internal regulation to these new realities, since at present its inaction in the regulation from the mandatory of the necessity of the penalty, constitutes a relative legislative omission, in attention to that although Certain there is a regulation that protects the minor in the law 599 of 2000, this becomes insufficient, because it does not express reference to the grooming or to the sexting as punishable conducts since the criminal wait.

## **Key Words**

New information technologies, cybercrime, sexual harassment, minor, freedom of integrity and sexual training.

## Introducción

Los fenómenos sociales, así como el derecho penal, han evolucionado. El uso de las nuevas tecnologías en el contexto de las relaciones personales permite la interacción entre individuos sin importar el lugar donde se encuentren, su nacionalidad, el idioma que hablen, la religión que profesen o, incluso, su forma de percibir o solucionar los problemas que afecten su entorno en un mundo globalizado.

Partiendo de esa premisa, el legislador, en uso de la potestad que le asiste (reserva legal), ha tratado de construir tipos penales orientados a proteger novedosos bienes jurídicos, el título VII bis del código penal colombiano,<sup>1</sup> donde se prevé la protección de la información y de los datos es un ejemplo de ello.

Esta norma, pese a tener en alguna medida un enfoque patrimonial,<sup>2</sup> constituyó un avance significativo a la hora de contrarrestar la criminalidad que surge del uso ilegal de los equipos de comunicación, específicamente, los medios informáticos y las tecnologías de la información.

No obstante lo anterior, existen nuevos fenómenos delictivos a través de los cuales se están vulnerando los derechos de niñas, niños y adolescentes, quienes, desde muy temprana edad, tal vez por el contexto social y las nuevas realidades, acuden con mayor regularidad a la web, a las redes sociales, y se enfrentan sin preparación, asesoría o blindaje a un mundo de conocimiento que el internet provee, un ciberespacio destinado a intercambiar información, la cual, en la mayoría de los casos, se presenta sin ninguna clase de filtro.

---

<sup>1</sup> Título Adicionado por el art. 1 de la Ley 1273 de 2009.

<sup>2</sup> Congreso de la República, Ley 599 de 2000. Título VIIBIS. De la protección de la información y de los datos.

Esta nueva criminalidad opera desde la clandestinidad, desde el anonimato, a través de todo un entramado diseñado para engañar a los menores que buscan en algunos casos aceptación, desafíos o satisfacer una simple curiosidad, espacios aprovechados por delincuentes destinados a proporcionar a clientes regulares pornografía infantil en todas sus manifestaciones, llegando a utilizar incluso la *deep web* o internet profunda, universo en el que abundan un sinnúmero de contenidos indeseables relacionados con narcotráfico, el crimen organizado, los paquetes de malware (un virus informático para secuestrar información) y la pedofilia (Dinero, 2017).

Una red de cibercriminales que utilizan el mundo digital para acaparar víctimas, el "*grooming*" (conocido también como el engaño de un adulto hacia un menor en las redes sociales con fines eminentemente sexuales) y el "*sexting*" (envío de contenido sexual fotos o videos por las redes sociales) son un ejemplo de ello.

Estas dos modalidades, son utilizadas por cibercriminales que se valen del engaño, la intimidación o incluso la coacción para obtener de las niñas, niños o adolescentes, imágenes o videos de contenido sexual, material documental que luego de ser obtenido es comercializado a través de la web o redes sociales generando una vulneración directa en la libertad, integridad y formación sexual de estos menores que resultan víctimas de una práctica cada días más común, compleja y carente de una adecuada tipificación en la ley penal colombiana.

Es precisamente esta falencia, la que se convierte en el eje central del presente trabajo, el cual está orientado a determinar si con la actual regulación normativa presente en la ley punitiva colombiana, se protegen de estas dos modalidades cibercriminales ("*grooming*" y el "*sexting*") a

las niñas, niños y adolescentes, o si por el contrario nos encontramos frente a una omisión legislativa relativa,<sup>3</sup> situación que sin duda propicia la propagación de este tipo de prácticas.

Para el cumplimiento del objetivo antes descrito, el trabajo cuenta con tres capítulos; en el primero, se realiza un recorrido histórico a través del concepto de pornografía infantil y sus diferentes derivaciones, buscado entender este fenómeno criminal, sus orígenes, su aparición en el mundo globalizado y los diferentes mecanismos de interacción en el ciberespacio que han propiciado el surgimiento del "*grooming*" y el "*sexting*".

En el segundo capítulo, se realiza un análisis de estos dos fenómenos ("*grooming*" y "*sexting*") utilizados para captar a los menores que resultan víctimas de este tipo de prácticas, se realizará un recorrido en la normatividad española y argentina, legislaciones que en su conjunto constituyen referentes a observar desde la perspectiva del derecho internacional penal, con el fin de verificar el ámbito de protección y validez de la ley penal en torno a este tipo de ciberdelitos.

Finalmente, con el material compilado se realizará un análisis de la regulación existente, a fin de verificar si esta es suficiente, pertinente y útil a la hora de proteger la libertad, integridad y formación sexual de las niñas, niños y adolescentes o, si en el caso colombiano, nos encontramos frente a una inacción del legislador que necesita sea subsanada mediante la creación de tipos penales o la modificación de los existentes.

Con la presente investigación se pretende generar inquietudes en la comunidad académica, en general, tendientes a poner en evidencia un fenómeno social que afecta a la colectividad, el cual

---

<sup>3</sup> “Se presenta cuando el legislador incumple una obligación derivada de la Constitución, que le impone adoptar determinada norma legal; en efecto, al respecto esta Corporación ha dicho que este tipo de omisión “está ligado, cuando se configura, a una "obligación de hacer", que supuestamente el Constituyente consagró a cargo del legislador, el cual sin que medie motivo razonable se abstiene de cumplirla, incurriendo con su actitud negativa en una violación a la Carta”. (Corte Constitucional, sentencia C173, 2010).

debe ser entendido, discutido y valorado en el contexto de un mundo globalizado, dependiente cada día más de las nuevas tecnologías de la información.

## **1. La pornografía infantil: pasado y presente de esta práctica**

El erotismo, la difusión de imágenes que incitan al contacto cercano, el culto al acto sexual, pueden sin duda ser catalogadas como expresiones de la personalidad de los individuos, exteriorizaciones de su pensamiento, de su forma de percibir el mundo y, por qué no, de sus gustos e intereses íntimos; algunos son expresados abiertamente, otros, limitados por el reproche social que aún impera en la mayoría de las sociedades.

Esa forma de pensamiento, ese estilo de vida, tiene directa relación con el artículo 20 Constitucional, así lo ha reconocido la Corte Constitucional al señalar que el alcance de la protección de expresiones con contenidos sexuales, soeces y ofensivos, difundidos a través de diferentes medios de comunicación: libros, correspondencia, películas, servicios telefónicos, exhibiciones artísticas, transmisiones radiales, programas de televisión y páginas de internet, imprimen al mensaje que se transmite unas características, un impacto y un alcance particular (Corte Constitucional, sentencia T391, 2007).

Norma concordante con la legislación norteamericana, la cual en su primera enmienda protege los derechos y las libertades de los ciudadanos estadounidenses, garantizando con ello el pleno goce de los derechos, más aún cuando “gran parte de la sociedad norteamericana se ve a sí misma como la portadora del estandarte de la libertad de expresión que dirige el mundo libre” (Gascón, 2013).

Temática enfocada directamente al desarrollo de la esencia misma del ser, del individuo que busca a través de la expresión sexual emitir un mensaje dirigido a una colectividad que goza de la

mayoría de edad y, por ello, en la medida de lo posible, ya tiene desarrollados los aspectos propios de su libertad, integridad y formación sexual.

Lo demás, es decir, el involucramiento de menores en pornografía es ilegítimo, ilegal, atenta contra los intereses de los niños, niñas o adolescentes, su integridad, libertad y formación sexual, resulta lesionada, al permitir que sean espectadores o participantes de esas prácticas, la norma punitiva debe estar enfocada a garantizar su protección, tipificando comportamientos y conductas que vayan en contravía de sus derechos reconocidos y reivindicados en un Estado como el colombiano.

Atentado contra el bien jurídico que lesiona un ser humano que aún no tiene la plenitud de su desarrollo corporal, al respecto señala la Corte Constitucional:

El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social. (Corte Constitucional, sentencia C876, 2011)

Partiendo de la anterior disertación, a continuación, se efectuará una revisión al fenómeno de la pornografía infantil, su denominación como vertiente criminal en el contexto globalizado y a la tipificación de estos comportamientos, teniendo claro que las nuevas tecnologías han propiciado la aparición de estos fenómenos criminales cuyo *modus operandi* está ligado al “*grooming*” y el “*sexting*”.

## **1.1. La Pornografía infantil y su prevención, una mirada desde en el derecho internacional**

Según la Directiva 011 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, de octubre de 2011, se considera pornografía infantil:

Todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada; toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales; todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que imite ser un menor, con fines principalmente sexuales; o imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales. (Consejo Europeo, 2011)

Lo transcrito resulta relevante si se tiene en cuenta además que “en la Directiva 2011/92, la Unión Europea ha buscado cumplir con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, haciendo hincapié en normas más estrictas en materia de derecho penal y procesal dentro de los Estados miembros que deberían proteger el interés superior de los niños, siendo a su vez eficaces, proporcionadas y disuasorias” (Barrio & Sarricouet, 2016, p.186).

Definición normativa a partir de la cual se busca identificar estas clases de conductas que podrían producir daños físicos, psicológicos y sociales duraderos en las víctimas, para el caso que nos ocupa: menores de edad, teniendo claro que su persistencia lesiona valores esenciales de la sociedad moderna relacionados con la protección especial de los niños, así como la confianza en las instituciones estatales competentes (Consejo Europeo, 2011).

De acuerdo al derecho internacional, es menor de edad aquel ser humano que aún no tenga 18 años (Santos, 1997). La Convención de los Derechos del Niño así lo dispuso en su artículo primero al indicar:

Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (CDN, 1989)

Lo anterior nos permite señalar, que, para efecto de la protección penal respecto de la denominación infantil, cobija a toda persona que aún no haya alcanzado los 18 años de edad. Cualquier comportamiento orientado a difundir material explícito en donde esté involucrado un menor de este rango de edad, destinado por ejemplo a la venta o satisfacción de deseos sexuales de terceros, puede ser cobijado con el reproche que los Estados parte han pretendido crear en el seno de las Organización de las Naciones Unidas.

Además de lo anterior, como lo señala Pérez (1998): “entre los antecedentes importantes de medidas internacionales adoptadas sobre este tema cabe mencionar al Acuerdo Internacional para la Eliminación de la Trata de Blancas,<sup>4</sup> de 1904, y la Convención contra la Esclavitud, suscrita en 1926. Así mismo, la Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y de la Explotación de la Prostitución de Otros, suscrita por la mayoría de los Estados Miembros de la ONU” (p.25).

Instrumentos internacionales diseñados para proteger a los menores de ataques en contra de su libertad, integridad y formación sexual, derecho reconocido convencionalmente por los Estados Parte de la Organización de las Naciones Unidas, a través de la Convención de los Derechos del

---

<sup>4</sup> “Hoy trata de personas, este término “Blancas” fue considerado discriminatorio por cuanto excluía personas de otra clase de color de pelo, toda vez que este concepto se utilizaba para hacer referencia a la movilidad y comercio de mujeres blancas, europeas y americanas, para servir como prostitutas o concubinas generalmente en países árabes, africanos o asiáticos”. (OEA, 2006)

Niño de 1989, la cual en su artículo 34 establece la obligación de las naciones soberanas de proteger a los niños contra todas las formas de explotación y abusos sexuales y de tomar todas las medidas necesarias para impedir su explotación sexual.

Aunado a lo precedente, se destaca el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, elaborado y suscrito en el seno de la Asamblea General, Resolución del 25 de mayo de 2000, que entrara en vigor el 18 de enero de 2002, en donde se construye al igual una definición de pornografía infantil al señalar:

Artículo 2 - Literal c) Por pornografía infantil se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales. (ONU, 2000)

Protocolo que, además de definir la conducta, trae inmersa obligaciones para los Estados, muchas de ellas orientadas a garantizar la protección de los menores, al elevar a categoría de delito comportamientos que encajen dentro de los verbos rectores señalados en el artículo 3 numeral II literal C: “La producción, distribución, divulgación, importación, exportación, oferta, venta o posesión, con los fines antes señalados, de pornografía infantil, en el sentido en que se define en el artículo 2” (ONU, 2000).

Instrumentos de derecho internacional diseñados para proteger los derechos del menor los cuales tienen prevalencia. En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado:

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de

especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y, sin cuya asistencia, no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor. (Corte Constitucional, sentencia T557, 2011)

Situación que permite evidenciar, la necesidad de proporcionar al menor una protección especial, que al igual que los instrumentos ya señalados, como la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23<sup>5</sup> y 24<sup>6</sup>), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño (Corte Constitucional, sentencia T557, 2011).

Partiendo de lo anterior, podemos destacar primero, que en el derecho internacional están claramente definidos los comportamientos que son considerados lesivos y de interés para el derecho penal, en cuanto a la pornografía infantil se refiere, también, la denominación del menor como sujeto de derecho hasta alcanzar la mayoría de edad que, por regla general, está marcada en

---

<sup>5</sup> “**Artículo 23 1.** La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos” (ONU, 1966).

<sup>6</sup> “**Artículo 24 1.** Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad” (ONU, 1966).

los 18 años, y que desde la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño en 1924 se ha considerado este como sujeto especial de protección, sus derechos prevalecen y, por ello, los Estados están obligados, además de garantizar el pleno goce de sus libertades y desarrollo integral, a castigar severamente cualquier atentado contra los bienes jurídicos de interés para el derecho penal, entre los cuales están, por supuesto, la libertad, integridad y formación sexual.

## **1.2. La pornografía infantil como delito en el derecho interno**

En Colombia, la pornografía infantil fue elevada a la categoría de delito a partir de la Ley 360 de 1997, norma que adicionó al Decreto Ley 100 de 1980 el artículo 312 Bis, estatuto punitivo que en su artículo 13 señalaba:

Artículo 312 Bis. 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 cuatro (4) a diez (10) años, y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales. (Congreso de la República de Colombia, 1997).

Lo relevante de la codificación con la cual se incluyó esta conducta como delito, no está en la pornografía como tal, práctica que no es delictiva, la Corte ha señalado que tiene plena relación como ya se destacó con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional, sentencia T512, 2016), lo reprochable está en la participación de menores y en determinar qué se debe entender por material pornográfico.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos contribuye en entender qué rasgo debe tener ese último aspecto:

- Que el material tomado en su conjunto aparezca dominado por un interés libidinoso;

- Que sea potentemente ofensivo porque se desvíe de los *estándares* contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales;
- Que se halle totalmente desprovisto de valor social y que tomado en su conjunto carezca de un serio valor literario, artístico, científico o político (Orts, 1987, p.629).

De lo anterior se infiere que material pornográfico será aquel que carezca de valor artístico, pedagógico, literario, etc., y en el cual se llama al observador a la excitación sexual, sin que sea necesario su obtención, ya que podrá también causar el efecto contrario (el rechazo, el estupor) (Fernández, 2008), y será delictivo, como se ha planteado, siempre y cuando se incluya en estas prácticas a los menores de 18 años.

Esta ley, que se considera pionera en material de codificación de este tipo de comportamiento, fue el sustento para la creación del artículo 218 de la ley 599 de 2000, el cual en sus inicios mantuvo la misma redacción, con una pequeña variación, se le incluye un incremento punitivo cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima.

Esta norma, lo que pretende es proteger a toda costa al menor de edad, para mantener su integridad sexual sin ningún tipo de intervención que la pueda perturbar, de manera que si es fotografiado o filmado en escenas pornográficas se sancionará al sujeto que realice esta actividad (Torres, 2011, p.900).

Entendiendo por escenas pornográficas, como lo destaca Gubern (2005), “toda representación de sexo explícito con exposición de los órganos genitales de los intervinientes, con la finalidad de generar espectáculo con ánimo de lucro para un público específico”.

El bien jurídico tutelado con este comportamiento ha sido entendido por la doctrina como un derecho que el legislador ha querido proteger penalmente (Alcántara, 2009). En la Ley penal de 1936, se establecía la protección a la dignidad y el honor, en la Ley 100 de 1980, la dignidad

humana y la libertad sexual y; el código del 2000 (ley 599), la libertad, integridad y formación sexuales.

Si bien es cierto en el ámbito de protección del bien jurídico en la actual codificación se excluye la dignidad humana, no quiere decir aquello que no se proteja con la ley penal, por cuanto esta (la dignidad humana) irradia toda el contenido sustantivo punitivo, su protección constituye un deber constitucional como principio rector en el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Penitenciario y Carcelario (Corte Constitucional, sentencia C143, 2015).

La exclusión entonces, obedece, según lo resalta La Corte Suprema de Justicia, a que “las conductas punibles regladas bajo este acápite (Título IV) buscan preservar que los seres humanos no se conviertan en un elemento de sometimiento y desigualdad en el campo sexual, sin desconocerse que la actividad sexual es un derecho humano, derecho indiscutible de la personalidad y, por lo mismo, inalienable” (Corte Suprema de Justicia, casación 25743, 2006).

Entendiendo por libertad sexual: “la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y autodeterminar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para definir y regular su vida sexual” (Corte Suprema de Justicia, casación 18455, 1997).

Enajenación sexual que implica “la posibilidad de los individuos de expresar su potencial sexual, libres de coerción, explotación o abuso en cualquier tiempo y situaciones de la vida” (Consejo de Estado, sentencia 26977, 2005), terminología que no excluye al formación sexual, entendida como “la facultad optativa para determinarse en el futuro en materia sexual” (Corte Suprema de Justicia, casación 29117, 2008).

Libertad que solo se adquiere a partir de la mayoría de edad. Al respecto, la sala penal de la Corte Suprema señaló, al analizar un caso de acceso de una menor:

La formación e integridad sexual resultan lesionadas porque la menor -de 8 años de edad- tiene el derecho a gozar de un ambiente pulcro, limpio, donde pueda evolucionar y disponer libremente de su sexualidad **cuando adquiere la mayoría de edad**, sin intromisiones impropias que puedan alterarla. (Corte Suprema de Justicia, casación 30305, 2008)<sup>7</sup>

Partiendo de esa premisa, la norma y su objeto de protección continuó siendo reformada, las modificaciones realizadas a este artículo por parte de las Leyes 1236 de 2008 y 1336 de 2009, ampliaron los verbos rectores de esta conducta y se incluyeron dentro de la denominación semántica el “grabar, producir, divulgar, ofrecer, poseer, portar, almacenar”, y aumentó la pena que ahora oscila entre 10 y 20 años (Torres, 2011, p.901).

Finalmente, frente a la conducta y su contenido jurídico normativo, el legislador, en la Ley 1336 de 2009, contempló que incurrirá en este delito quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet con o sin fines de lucro, particular redacción que constituye el punto de partida para comenzar a analizar los conceptos "*grooming*" y "*sexting*".

## **2. El "*grooming*" y el "*sexting*" como fenómenos criminales que propician la pornografía infantil**

El panorama social ha estado fuertemente influenciado por las nuevas tecnologías. Las redes sociales y el internet permiten la interacción entre individuos y acceso ilimitado a la información

---

<sup>7</sup> Subrayado y negrilla fuera de texto.

disponible en cualquier momento y en cualquier lugar donde se tenga la posibilidad de acceder a las tecnologías de la información.

Este moderno escenario facilita la vida, la educación, el trabajo, incluso la investigación, se encuentra disponible para miles de personas que diariamente hacen uso de estas nuevas tecnologías de la información (TIC), no obstante, lo anterior, este uso cotidiano, también propicia o facilita el contacto con menores de edad, los cuales en muchos casos terminan en las manos de pedófilos, cibercriminales que están en la búsqueda de nuevas víctimas para satisfacer sus deseos sexuales.

Si a esto le sumamos que Colombia, en el año 2017, alcanzó el primer puesto<sup>8</sup> en el ranking de acceso a internet en Latinoamérica, tenemos un escenario propicio para la llegada de comportamientos ilegales, conductas delictivas que ponen en peligro a los menores de edad, quienes reciben información en muchos casos sin ninguna clase de filtro, esto los expone desde la clandestinidad a oprobiosos comportamientos que lesionan su libertad, integridad y formación sexual, ya que pueden quedar sometidos a influencias y engaños propios de conductas delictivas que utilizan las conocidas “Tecnologías de la Información”<sup>9</sup> (TIC) para estos propósitos.

### **2.1. El *grooming* y el *sexting* análisis doctrinal y legislativo (España – Argentina)**

El *grooming* ha sido definido como: “las acciones realizadas deliberadamente para establecer una relación y un control emocional sobre un niño o niña con el fin de preparar el terreno para el abuso sexual del menor” (Cuenca, 2014, p.12).

---

<sup>8</sup> Así lo señaló la oficina internacional del Ministerio de las Telecomunicaciones, informe recuperado de: [http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-4425\\_rankings\\_internacionales\\_20170808.pdf](http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-4425_rankings_internacionales_20170808.pdf).

<sup>9</sup> “Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) son todos aquellos recursos, herramientas y programas que se utilizan para procesar, administrar y compartir la información mediante diversos soportes tecnológicos, tales como: computadoras, teléfonos móviles, televisores, reproductores portátiles de audio y video o consolas de juego” Tomado de: <http://tutorial.cch.unam.mx/bloque4/lasTIC>.

Como lo señala la UNICEF:

Los adultos suelen generar un perfil falso en una red social, sala de chat, foro u otro, en donde se hacen pasar por un chico o una chica y entablan una relación de amistad y confianza con el niño o niña que quieren acosar. El mecanismo del *grooming* suele incluir un pedido de foto o video de índole sexual o erótica (pedido por el adulto, utilizando el perfil falso). Cuando consigue la foto o el video, comienza un período de chantaje en el que se amenaza a la víctima con hacer público ese material si no entrega nuevos videos o fotos o si no accede a un encuentro personal”. (UNICEF, 2014, p.2)

Esta forma de acoso y abuso hacia niños y jóvenes según el Ministerio de las Nuevas Tecnologías (MINTIC), “se ha popularizado en las redes sociales por ciberdelincuentes que se hacen pasar por personas de la misma edad para ganar confianza” (El Tiempo, 2014), en la forma más fácil que encuentran para propiciar relaciones sexuales a través de la red, las cuales son grabadas y después comercializadas clandestinamente en el mercado oscuro de los pedófilos.

Esta conducta no se encuentra tipificada de manera taxativa en el código penal colombiano, al respecto Gómez (2016), en un artículo para el periódico portafolio señaló:

Durante el paso por Bogotá de la caravana de lanzamiento de Safe Kids –una solución de Kaspersky Labs<sup>10</sup> para asegurar la vida digital de nuestros hijos- fueron presentadas cifras alarmantes sobre el fenómeno de la pornografía infantil. Su investigador de seguridad, Santiago Pontiroli, dijo que el *grooming* (conducta emprendida por un adulto para ganarse la amistad de un menor de edad y poder abusar sexualmente de él): “no está tipificado como delito en Colombia” y,

---

<sup>10</sup> Kaspersky Labs: Compañía global de ciberseguridad que opera en el mercado desde hace más de 20 años. La profunda experiencia en inteligencia y seguridad de amenazas se transforma constantemente en soluciones y servicios de seguridad de próxima generación para proteger a las empresas, la infraestructura crítica, los gobiernos y los consumidores de todo el mundo. Incluye protección y una serie de soluciones de seguridad especializadas y servicios para combatir las amenazas digitales sofisticadas y cambiantes.

además, agregó que: “a nivel local se presentan cerca de 24 casos diarios de pornografía digital”. Para rematar, el ejecutivo precisó que “de los 300 millones de sitios relacionados con pornografía infantil a nivel mundial, solo 13.000 han sido bloqueados localmente”, es decir, un 0,0043%. Una cifra realmente absurda que retrata un problema que se le está saliendo de las manos a las autoridades colombianas.

Lo señalado demuestra la magnitud de la problemática y la necesidad de reformar la legislación interna, igualándola en alguna medida a los estándares internacionales.

A manera de ejemplo, en España, acogiendo la recomendación del Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual y el abuso sexual de 25 de octubre del 2007, que en su artículo 23 establecía la necesidad de tipificar como delito las proposiciones a niños con contenido sexual a través de las tecnologías de la información y comunicación, se promulgó el artículo 183 bis, incluido mediante la Ley Orgánica No 5 de 2010, la cual modificó el código penal.

Esta introducción en el derecho español fue justificada por el legislador en la exposición de motivos, donde se advierte que “la extensión de la utilización de Internet y de las Tecnologías de la Información con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores, con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual” (Panizo, 2017).

Aspecto que se materializó en la redacción del texto, conducta de carácter penal que establece:

Artículo 183 bis. El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183

y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

Norma que fue modificada en el 2015, por la Ley Orgánica No 1, dejando vigente la siguiente redacción:

1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.
2. El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

Nuevo texto que modificó la edad del sujeto pasivo, pasando de un mínimo de 13 años al de 16, y como lo señala Dolz (2017):

Se realiza un ajuste técnico en relación con los delitos que pretenda cometer el sujeto activo a través del *child grooming*, que han sido remodelados con la reforma penal del 2015. En el año 2010, el artículo 183 bis comprendía los delitos de los artículos 178 a 183 y 189 CP, esto es, agresiones sexuales, abusos sexuales y pornografía infantil, respectivamente. Sin embargo, ahora el nuevo artículo 183 *ter* los limita a los artículos 183 y 189 CP, porque el nuevo artículo 183 comprende las

agresiones y abusos sexuales a menores de dieciséis años, permaneciendo la tipificación de la pornografía infantil en el artículo 189 CP. (p.26)

No obstante, la modificación y las características legislativas ya anotadas, la estructura del tipo penal se mantiene, dejando dentro de los elementos propios del tipo a un sujeto activo indeterminado. Incluso para la ley española, no solo un adulto sino también un menor de edad entre los 14 y 18 puede ser autor de esta conducta.

Gómez (2010) señala que el legislador configuró un tipo penal mixto, acumulativo, que exige una pluralidad de actos, por un parte se requiere contactar con un menor, por otra proponer un encuentro y, por último, la verificación de actos materiales encaminados al acercamiento.

La conducta entonces, se configura cuando el contacto se realiza a través de internet o telefónica móvil, sin descartar los demás medios disponibles a futuro en las TIC, dejando claro que no es suficiente ingresar al perfil del menor o sostener una conversación vía chat (Panizo, 2017), es necesario realizar actos materiales orientados a ganarse la confianza del menor, por ejemplo, enviarle una foto ligero de ropa de otro menor fingiendo ser él.

Al respecto, el Fiscal del Tribunal Supremo Español, Manuel-Jesús Dolz Lago, sostiene que “el contacto tiene que ser por un medio tecnológico. La ley se refiere a Internet, teléfono o cualquier otra tecnología de la información y la comunicación. Es claro que se ha querido dejar abierto el medio tecnológico. Parece descartarse el contacto directo personal. Sin embargo, entiendo que sólo sería descartable este contacto si no fuera seguido de un contacto tecnológico” (Dolz, 2017, p.36).

Por su parte, el *sexting*, que ha sido considerado como el envío de imágenes (principalmente fotografías o videos) de contenido sexual a través del celular, redes sociales o demás canales de

comunicación de las TIC (Molina, 2016), también está sancionado como delito en la legislación española.

Barrera (2011) define el *sexting* de la siguiente manera:

(...) consiste en la difusión o publicación de contenidos (principalmente fotografías o videos) de tipo sexual, producidos por el propio menor-remitente, utilizando para ello el teléfono móvil (*sexting*) u otro dispositivo (*sex-casting*) a través de e-mail, redes sociales o cualquier otro canal que permitan las nuevas tecnologías. (p.416)

Esta conducta punible quedó ubicada dentro del Título X “Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”, en forma específica en el Capítulo Primero “Del descubrimiento y revelación de secretos”.

La citada norma contemplada en el artículo 197.7 del vigente Código Penal Español, señala lo siguiente:

7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Norma que castiga la difusión de dichas imágenes sin el consentimiento de la persona afectada, aunque estas imágenes inicialmente se hayan tomado contando con el consentimiento.

Para que esta conducta sea típica, el autor debe ceder, difundir o revelar a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales, acciones realizadas sin el consentimiento de la víctima, publicación que derive en un menoscabo de la integridad e intimidad del sujeto pasivo.

El fundamento jurídico de esta figura lo describe Guardiola (2016) al indicar:

Como ha señalado el propio legislador, con el fin de resolver y solucionar los problemas de falta de tipicidad de algunas conductas, se introducen *ex novo* ciertos tipos penales por primera vez, como el que aquí nos ocupa, a fin de dar respuesta a aquellos supuestos que quedaban impunes en los que las imágenes o grabaciones de otra personas habiéndose obtenido con la anuencia de la víctima, eran divulgadas luego sin su consentimiento y contra su voluntad (cuando la imagen o grabación se hubiera producido en un ámbito personal) y siempre que su difusión lesione gravemente su intimidad. (...) La viralidad, globalización y omnipresencia de las TICS hace que la pérdida de control de una imagen (sobre todo si ésta es comprometida) genere ciertos peligros: uso indebido de la imagen para fines muy distintos a los iniciales, pérdida de autoestima, lesión en la reputación de la víctima, daño a su imagen, problemas y desordenes emocionales, afectivos y psicológicos, exclusión social, vergüenza, remordimiento.

Con el evidente perjuicio para quien resulta víctima de la conducta, ya que como lo señala Bouyssou (2015):

Las fotografías o videos de contenido sexual, en manos de la persona inadecuada, pueden constituir un elemento para extorsionar o chantajear al protagonista de las imágenes. Se llama “sextorsión” al chantaje en el que alguien (mayor o menor de edad) utiliza estos contenidos para obtener algo de la víctima, amenazando con su publicación. (p134)

Situación que se agrava cuando se trata de un menor de edad, cuyo consentimiento se encuentra viciado a luz de la legislación española cuando tiene menos de 18 años (González, 2016).

Finalmente, las características identificables del delito penal las resalta Ferrer (2016) en su tesis doctoral, al señalar:

El *sexting* se caracteriza esencialmente por cuatro características:

- Voluntariedad: El protagonista produce y envía el contenido de forma voluntaria, sin que el receptor realice ningún tipo de coacción o intimidación sobre él. Por ello, podríamos decir que no surge del error, aunque si podríamos hablar de inconsciencia por su parte ya que no se representa la repercusión que este tipo de imágenes o videos puede llegar a tener dentro de su círculo social o, incluso, fuera de él.
- Utilización de dispositivos tecnológicos: Para que este tipo de práctica sea posible es necesaria la utilización de dispositivos tecnológicos que ofrecen la oportunidad de captar imágenes y posteriormente enviarlas, como pueden ser las webcams o los teléfonos móviles.
- Contenido sexual: Como ya se ha citado en su definición amplia, el *sexting* consiste en el envío de mensajes de carácter sexual o erótico, por ello, son contenidos que se encuentran muy ligados a los derechos de intimidad y la propia imagen.
- Naturaleza privada y casera: El *sexting* es producido por el protagonista con una finalidad exclusivamente privada, al margen de industrias audiovisuales y de canales de difusión masivos. (p.14-15).

Lo anterior, contribuye a entender la grave afectación que deriva para la víctima la difusión de imágenes o videos donde queda expuesta su sexualidad, y la rapidez con la cual estas imágenes suelen ser viralizadas. Además de representar una lesión al bien jurídico, también contribuye a generar factores de impunidad por la dificultad que reviste, desde la perspectiva investigativa, determinar el autor o autores de la conducta punible.

En cuanto al tema objeto de análisis, se podrían intuir cierta relación de esta conducta con la pornografía infantil. Muchos pedófilos, a través de las páginas dedicadas a la pornografía, utilizan las imágenes que los mismos niños, niñas o adolescentes se hacen de ellos mismos, obtenidas bien sea a través del *grooming* y sus derivaciones, o del mismo *sexting* (Gil, 2015).

En cuanto a la legislación argentina, solamente el *child grooming* se encuentra regulado en el derecho penal. Esta conducta, aparece ubicada dentro de los delitos que atentan contra la integridad sexual, configuración punitiva incluida mediante la Ley 26.904 del 11 de diciembre de 2013, la citada norma establece:

Artículo 131. - Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma. (República Argentina, 2013)

Al verificar sus elementos estructurales, encontramos que la adecuación típica desde la perspectiva objetiva, se concreta cuanto el sujeto activo de la conducta que para el caso es indeterminado singular, valiéndose de un medio tecnológico contacta al sujeto pasivo para el caso concreto un menor de edad,<sup>11</sup> con el propósito de cometer algún delito contra la integridad sexual.

Algunos argumentos, por los cuales fue incluida esta norma en la legislación argentina, los compila Garibaldi (2014), al señalar:

Los motivos del Senado, entonces, se pueden resumir del siguiente modo:

- La especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los menores de edad y con relación al *grooming* particularmente, la franja entre 13 y 16 años.

---

<sup>11</sup> En Argentina, según la Ley 26.579 del 21 de diciembre de 2009, artículo 126, son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años.

- La idea de lograr la protección integral de los menores.
- Las posibilidades de que el autor se valga del anonimato y la creación de identidades alternativas.
- La necesidad de una legislación clara que no deje márgenes de impunidad producto de la interpretación.
- La realidad de la captación de menores, generando una relación de confianza que propicia un encuentro para consumir el abuso sexual.
- El daño psicológico que se genera en los menores.
- El riesgo de que se envíen fotografías inconvenientes. (p.34).

Algunos críticos de la configuración jurídica incluida, indican que ésta se separó de la norma en la cual se inspiraba, (artículo 23<sup>12</sup> del “Convenio del Consejo Europeo para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual”) (Benavídez, 2014), señalan por ejemplo que “sólo se tuvo en cuenta que el autor del delito del *grooming* tenga un solo objetivo: organizar un encuentro con el menor para abusar sexualmente de él. Esto permite que algunas acciones resulten atípicas, como el caso de que una persona adulta sólo hostigue a su víctima para obtener más material íntimo, con la única intención de su consumo personal (García, 2013).

Incluso, Roibon (2017) apunta a señalar que “hubiese sido más apropiado que la ley enuncie algunas de las acciones indicativas del propósito abusador, como ser la exigencia de material con contenido sexual, la simulación de una falsa identidad empática, la propuesta del encuentro sexual” (p.13).

---

<sup>12</sup> “Artículo 23. Propositiones a niños con fines sexuales. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro”.

No obstante lo anterior, es decir, las críticas frente a la norma incluida en la legislación argentina, esta novedad legislativa apunta a garantizar la dignidad humana de los menores; cuya libertad e integridad sexual pueden verse afectadas por prácticas cada vez más comunes en las TICs, más aun, cuando se ha señalado que esta:

Conducta se consuma cuando se establece efectivamente contacto con el menor en forma tal que sea advertible o manifiesto el propósito ilícito de la comunicación ya que no se trata de la punición de cualquier contacto sino sólo de aquél que persigue esa específica finalidad. (Riquert, 2014, p.12)

Por ello, es la configuración a través de estos precedentes legislativos, lo que permite acercar el derecho penal a su finalidad primaria, cual es la de solucionar conflictos (Sierra, 2005, p.29), problemas que afectan a la colectividad y pone en peligro bienes jurídicos personalísimos de los más vulnerables de la sociedad, normas como las citadas, que aunque no incluyen todas las conductas a través de las que pueden cometerse estas prácticas, resultan muy útiles a la hora de poner freno a los cibercriminales.

Agresores, que aprovechan el acceso a la información, disponible en el internet o redes sociales, para obtener de niños, niñas y adolescentes imágenes o videos de índole pornográfico, cuya utilización con diversos fines afecta su libertad integridad y formación sexual, ya que resultan expuestos a manipulación, engaño y coacción por quienes utilizan estas representaciones para suplir necesidades de índole personal o comercial.

En erradicar estas conductas, radica la importancia de incluir en los códigos penales de manera taxativa el *grooming* y el *sexting*, mensajes de prevención general dirigidos a una colectividad, cada día más dependiente de la tecnología, de la interacción social, y que necesita protección frente a este tipo de prácticas.

### **3. El *grooming* y el *sexting* en Colombia, una mirada desde la perspectiva del Título IV de la Ley 599 de 2000**

En la legislación colombiana (Ley 599 de 2000), se contempla en el Título IV la protección del bien jurídico libertad, integridad y formación sexual, organizando los comportamientos en cuatro capítulos: el primero, denominado de la violación; el segundo, de los actos sexuales abusivos; el tercero, se refiere a unas disposiciones comunes y; el cuarto, de la explotación sexual.

Dentro de estos capítulos, el legislador dispuso la ubicación de un catálogo de procederes orientados a proteger la libertad, integridad y formación sexual de los individuos, tipificando de manera progresiva una protección reforzada para los menores de edad (Ley 679 de 2001) y las mujeres (Ley 1257 de 2008).

Enfocando el ámbito de protección desde la perspectiva de la dignidad de la persona misma, que como lo señala Orts (1995):

Está subyacente en todos estos delitos, entre otras cosas porque nada hay más lesivo para dicha dignidad que utilizar o servirse de alguien como si de un objeto se tratara, que es lo que sucede cuando se le viola, pues se le instrumentaliza para la complacencia del agresor (p.43).

Dignidad que en torno a los delitos como la violación busca proteger la libertad sexual, entendida esta “como el derecho a disponer de su cuerpo para fines erótico sexuales como a bien tenga su titular, lo que implica realizar o abstenerse de cualquier tipo de práctica que lo satisfaga desde esa órbita” (Torres, 2011, p.874).

Dignidad que gobierna la protección de los menores, cuya integridad y formación sexual, al igual que su libertad, también resulta vulnerada, con prácticas como las que hoy en día posibilitan las tecnologías de la información. El acto sexual contenido en el artículo 209, entendido desde la

perspectiva del artículo 33 de la Ley 679 de 2001, y la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años, contenidas en el artículo 219A, son las normas que considero se acercan a esa finalidad (proteger a los menores de los riesgos de las tecnologías de la información).

En torno al acto sexual, entendido desde la perspectiva de la Ley 679 de 2001, por medio de la cual se toman una serie de medidas para prevenir y contrarrestar el abuso sexual, la pornografía y el turismo sexual, en su artículo 33 como ya se indicó adicionó el artículo 209 del código penal, en el siguiente tenor literal:

Artículo 33. Adicionase el artículo 303 del Código Penal<sup>13</sup> con el Siguiete Inciso. "Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte.

Parágrafo transitorio. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000 el presente artículo tendrá el número 209.

El objetivo de esta ley, como lo destaca Torres (2011), "es establecer una serie de mecanismos y controles para evitar que las redes globales de la internet sean utilizadas con fines delictivos que atenten contra los menores de edad" (p.887), configuración jurídica que genera ciertos cuestionamientos a la luz de lo que significa y representa el *grooming* y el *sexting* en el contexto contemporáneo.

En ese contexto, podemos decir que la norma que se refiere al artículo 209 (actos sexuales diversos al acceso carnal), está dirigida y enfocada únicamente a los menores de 14 años, es decir,

---

<sup>13</sup> Se trata del Decreto Ley 100 de 1980.

dentro del proceso de configuración legislativa reservada al legislador, consideró que esta protección solamente debía estar dirigida a los menores de 14 años, desconociendo que este tipo de comportamientos se extienden más allá de dicho límite.

Si bien es cierto, como lo señala la Corte Constitucional:

La edad es elemento esencial en los correspondientes tipos penales, ya que la ley no penalizó los actos sexuales o el acceso carnal, considerados como tales, sino aquellos que se llevan a cabo con menores de catorce años. No es de la incumbencia de la Corte Constitucional controvertir o poner en tela de juicio el límite de edad establecido en la ley, pues él resulta indiferente para los fines del control de constitucionalidad, en cuanto, sea una u otra la edad señalada, se está ante una determinada figura delictiva, puesta en vigencia por el legislador dentro de la órbita de sus atribuciones. La norma que consagra un delito debe reputarse constitucional en cuanto sea proferida por el legislador, único constitucionalmente autorizado para establecerla, y mientras la correspondiente figura delictiva no vulnere "*per se*" la Constitución. (Corte Constitucional, sentencia C146, 1994)

En esta normatividad el legislador omitió instrumentos internacionales como la Convención de los Derechos del Niño, la cual es su artículo primero establece:

Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (ONU, 1989)

Norma concordante con el “Protocolo Opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil”, entendida esta última como “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales” (ONU, 2000).

Además de lo anterior, es claro que el *grooming* y el *sexting*, que podrían ser reprimidos con esta conducta, no se dirigen de manera exclusiva a un grupo poblacional específico, es decir, a menores de 14 años, en Argentina y en España como ya se indicó, la normatividad no ejerce ninguna distinción o límites por cuestión de edad, protege a los menores de edad partiendo de la definición que de esa condición trae el derecho internacional (menor de 18 años).

Esta norma (artículo 209 adicionado) genera inseguridad e incongruencia en la legislación, ya que fue construida de manera aislada. Esto en alguna medida crea ambigüedad y propicia vacíos de impunidad, por lo que puede traducirse en interpretaciones equivocadas de cara a los elementos del tipo o, incluso, problemas desde la perspectiva de la teoría del delito en sede de culpabilidad, cuando se analiza posturas relacionadas con el error de prohibición, que atañen directamente a la conciencia de permisibilidad de los hechos atribuidos dentro de un proceso penal.

Esto sin duda podría representar un retroceso en torno a los procesos orientados a solución de problemas que como los delitos a través de las tecnologías de la información afectan la colectividad. Diversos autores,<sup>14</sup> al estudiar las diferentes teorías que buscan explicar los fenómenos que afectan la convivencia pacífica, consideran que su desarrollo depende de la forma de Estado vigente en el contexto histórico, la sociedad ha pasado de un modelo absolutista, donde la voluntad del soberano era la constante a la hora de construir las conductas que regulan el tráfico jurídico, hasta llegar al Estado social de derecho donde se hace palpable la constitucionalización de las normas punitivas como límite material del *ius puniendi*.

Partiendo de esa premisa, la pena que podría surgir de la tipificación adecuada de esos comportamientos se concibe como la herramienta legítima del Estado para proteger bienes

---

<sup>14</sup> Ver entre otros: Roxin (Derecho Penal parte general, 2014), Ferrajoli (Derecho y razón: Teoría del garantismo penal, 1995), Welzel (Derecho Penal parte general, 1956).

jurídicos, una respuesta retribucionista que busca sanear el mal sufrido con una conducta ilícita, una sanción impuesta por los jueces en ejercicio de su facultad reservada, que cumple disímiles funciones además de la ya señalada (retribucionista): la de prevención, protección y reinserción.

Sanción que debe responder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la ley 599 de 2000<sup>15</sup> a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad, este último entendido desde la perspectiva de la prevención del delito, lo cual implica que debe servir:

Para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados, no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica. (Corte Constitucional, sentencia C647, 2001).

En desarrollo de esa potestad, que surge precisamente de la necesidad de separar los poderes; se construyen normas de carácter jurídico penal, tendientes a lograr la convivencia pacífica, orientadas en gran medida (por lo menos de manera ideal), a garantizar la protección de bienes jurídicos personales o colectivos; en ese procedimiento, también se crean principios rectores que gobiernan la actuación y dispositivos amplificadores, todo lo anterior tratando de enviar un mensaje claro a la sociedad y con un fin probable, reducir la criminalidad a un mínimo razonable.

Situación que no se advierte en cuanto al *grooming* y al *sexting*. Ya hemos señalado que en la ley penal colombiana no existe una referencia taxativa a estas dos conductas punibles, esto limita la posibilidad de enviar un mensaje dirigido a la colectividad, contribuye a propiciar este tipo de prácticas, ya que los cibercriminales pueden aprovechar estos paraíso de impunidad para adelantar

---

<sup>15</sup> República de Colombia. Ley 599 de 2000. Artículo 3. Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

sus actuaciones ilegales, obteniendo las imágenes o videos de los menores, sin que esto les represente un reproche directo en torno a la actividad delictiva que están adelantando.

Estamos entonces, además de una inadecuada tipificación de la conducta, frente a una omisión legislativa relativa, la cual, para su configuración, al tenor de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se presenta:

(...) (i) Cuando expide una ley que si bien desarrolla un deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos sectores y perjudica a otros; (ii) cuando adopta un precepto que corresponde a una obligación constitucional, pero excluye expresa o tácitamente a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga a los demás; y (iii) cuando al regular una institución omite una condición o un elemento esencial exigido por la Constitución (Corte Constitucional, sentencia C351, 2013).

Lo anterior, porque si bien es cierto en la Ley 679 de 2001 (artículo 209) o en la Ley 599 de 2000, se indica que su construcción está orientada a desarrollar el artículo 44 Constitucional, en cuanto a la posibilidad de ser víctimas del *grooming* o *sexting* se está favoreciendo únicamente a los menores de 14 años, dejando de lado un grupo amplio de la población esto es; los mayores de 14 y menores de 18, situación que genera un problema concreto de tipicidad que desnaturaliza la necesidad misma de reprimir ese tipo de comportamientos.

Esto se potencia cuando ni siquiera se hace una referencia expresa a estas prácticas, lo que genera problemas desde la perspectiva del proceso de adecuación típica, más aún si tenemos en cuenta que la Ley penal exige que esta debe contemplar de manera expresa, clara e inequívoca los elementos estructurales del tipo penal (artículo 10) cuando se realice el proceso de imputación jurídica de un hecho que tenga la connotación de conducta punible.

Ahora, frente al delito establecido en el artículo 219 A, norma que establece:

Artículo 219-A. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años. El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El legislador ubicó este comportamiento con el fin de:

Sancionar a las personas que buscan obtener favores sexuales con menores de edad, así como quienes actúan como intermediarios de esos contactos, en la medida en que se hayan valido de cualquier medio de comunicación para conseguir tales fines, y no exclusivamente de la Internet o el ciberespacio. (Corte Suprema de Justicia, casación 39160, 2012).

Es decir, su finalidad está alejada en gran medida del comportamiento directo o el conexo, relacionado con el *sexting* y el *grooming*, afirmación que encuentra sustento en la exposición de motivos tenida en cuenta dentro del proceso de construcción de esta norma en su paso por el Congreso, en donde se discutió:

Las previsiones del proyecto son oportunas para salirle el paso a los pederastas y aberrados sexuales que emplean los canales de información magnética para manipular a los menores o hacer contacto con ellos a través de ciertos agentes turísticos. Investigadores del DAS denunciaron que algunas empresas y agencias de viaje en Europa ofrecen explícitamente a sus clientes turismo sexual infantil en los que presentan diversos países, entre ellos Colombia, como ‘destinos eróticos’, o con quienes hacen lucro abominable alrededor de la actividad turística, con el objeto de someterlos al abuso sexual. El uso de las pistas del ciberespacio y la información reportada por algunos servidores está llegando sin ningún control de acceso. Mientras se adquieren y emplean sistemas capaces de impedir el paso de tales informaciones en la Internet, es preciso atacar a los manipuladores de la información y a los

intermediarios que se lucran sirviendo de contacto entre los abusadores y los menores de edad con fines reprochables.<sup>16</sup>

Si bien es cierto, se toca en parte la problemática al señalar, que, a través de las redes sociales, los canales de información disponible en la web y el uso indiscriminado del internet, se pueden cometer este tipo de conductas, su enfoque está dirigido a una pequeña parte de ese tipo de comportamiento, esto es al turismo sexual.

Esto me lleva a señalar que la legislación actual es insuficiente, y es necesario crear tipos penales que contengan de manera directa este tipo de conductas, ajustando la legislación interna a los estándares internacionales, poniéndose a tono como ya sucedió en otros países de la región y de habla hispana con esta regulación,<sup>17</sup> protegiendo con esa nueva codificación a los menores de edad, entendidos estos como aquellos que al momento de la comisión de hecho tengan menos de 18 años.

El problema de la ausencia de tipificación de estas dos ciberprácticas, se interpreta desde la perspectiva de la tipificación y de la necesidad de la pena. Partiendo de esa premisa, en el artículo 3 de la ley punitiva ordinaria, se consagran los principios de las sanciones penales. En efecto, el operador judicial al imponer una pena o una medida de seguridad debe tener en cuenta si esta es proporcional, razonable y necesaria, verbigracia, no debe ser exagerada en relación con el daño causado al bien jurídico y al grado de culpabilidad del autor (González, 2011, p.415), debe estar

---

<sup>16</sup> Ponencia para primer debate al proyecto de ley 143 de 2001 Senado, 085 de 1999 Cámara, por medio del 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, Gaceta del Congreso 160 de 2001.

<sup>17</sup> Chile, España y Argentina ya cuentan con esta regulación expresa en sus leyes penales, en Chile por ejemplo está contemplado en el Artículo 366 de la ley Penal que establece: “El que participare en la producción de material pornográfico, cualquiera sea su soporte, en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, será sancionado con presidio menor en su grado máximo. Para los efectos de este artículo y del artículo 374 bis, se entenderá por material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años, toda representación de éstos dedicados a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de sus partes genitales con fines primordialmente sexuales, o toda representación de dichos menores en que se emplee su voz o imagen, con los mismos fines”.

debidamente motivada en argumentos jurídicos, y necesaria desde la preceptiva de la prevención como lo señala el inciso final de esta norma.

En relación con este último aspecto, el principio de necesidad de la pena, la Corte Constitucional ha señalado que esta (la pena), debe servir para lograr la convivencia pacífica como medio preventivo, o para restablecer el mal turbado con la conducta, cuando esta comporta grave afectación de bienes jurídicos tutelados previamente por el legislador.

De manera específica señala la Corte en torno al principio de necesidad de la pena:

La necesidad de la pena exige de ella que sirva para la preservación de la convivencia armónica y pacífica de los asociados no sólo en cuanto ella por su poder disuasivo e intimidatorio evite la comisión de conductas delictuales, o por lo menos las disminuya, sino también en cuanto, ya cometidas por alguien, su imposición reafirme la decisión del Estado de conservar y proteger los derechos objeto de tutela jurídica y cumpla además la función de permitir la reincorporación del autor de la conducta punible a la sociedad de tal manera que pueda, de nuevo, ser parte activa de ella, en las mismas condiciones que los demás ciudadanos en el desarrollo económico, político, social y cultural. (Corte Constitucional, sentencia C862, 2002)

Definición que cobra sentido en el seno de un derecho penal lleno de garantías e inspirado en la dignidad humana, buscando preceptos de mínima intervención y limitación punitiva para las conductas que realmente vulneran de manera efectiva bienes jurídicos personales o colectivos, en el caso de los menores que pueden ser víctimas del *grooming* o del *sexting* su protección se hace indispensable, si se quiere recobrar la tranquilidad turbada con la conducta en el seno de la colectividad.

Lo anterior teniendo en cuenta que la pena debe tener una utilidad social en sí misma, no un acto de venganza (Ley de Talión) y si bien es cierto como lo señala Velásquez (2010): en “forma

genérica puede decirse que la pena es la consecuencia judicial que se le impone a quién comete un delito (p.151), o en sentido formal como lo enseña Welzel (1956): la pena es un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable (p.233), el análisis que impera hoy en relación con el contenido ontológico va más allá de la categorización de la sanción partiendo de teorías relativas en donde la pena actúa como una coacción psicológica.<sup>18</sup>

En ese sentido, señala la Corte Constitucional:

La utilidad de la pena, de manera ineluctable, supone la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y, en consecuencia, imponerla deviene en notoria injusticia, o en el regreso a la ley del talión, que suponía la concepción de la pena como un castigo para devolver un mal con otro, es decir, la utilización del poder del Estado, con la fuerza que le es propia, como un instrumento de violencia y vindicta institucional con respecto al individuo, criterio punitivo éste cuya obsolescencia se reconoce de manera unánime en las sociedades democráticas. (Corte Constitucional, sentencia C647, 2001)

Partiendo de este argumento, la pena es necesaria cuando se imparte a los trasgresores de la ley que realizan comportamiento que implique un desvalor grave (Velázquez, 2010, p.660), situación que debe traer inmersa un ingrediente especial de nocividad, de dañosidad para los bienes jurídicos y para la sociedad, situación que sin duda está más que justificada frente a la protección de los derechos de los menores víctimas vulnerables del *grooming* o del *sexting*.

El análisis debe ir más allá del turismo o de los actos sexuales diversos, la necesidad de su positivización va mucho más allá de lo previsto en el contenido de las normas hoy codificadas, esta limitación conceptual del alcance del tipo lo explica Welzel (1956) frente a la naturaleza de la pena y su utilidad en el tráfico jurídico, “donde está agotado el contenido de la pena con la

---

<sup>18</sup> En ese sentido se pronuncian: J. Bentham (1748 -1832) – Feuerbach (1775 – 1933) – Freud (1856 – 1939).

realización de una retribución justa todas las otras consecuencias (intimidación, mejoramiento) son, en el mejor de los casos, efectos favorables secundarios que no tienen nada que ver con la naturaleza de la pena” (p.236).

Su fundamento se sintetiza en lo que Roxin señala dentro de su “teoría unificadora dialéctica”, posición que es explicada por Botero (2002) cuando plantea:

Lo que se pone a discusión no es la adecuación del fin, sino la conformidad a Derecho del medio". La pena, al momento de imponerse o graduarse, no debe considerarse como la efectividad de la amenaza legal, con lo que se excluye la finalidad de la prevención general en este estadio. El castigo debe ser conforme a Derecho, es decir, al momento de imponerse la pena lo que se busca es la inviolabilidad del ordenamiento jurídico, que se plasma con la conocida frase de Hegel: "La pena es la negación de la negación del derecho". En pocas palabras la pena se justifica en su imposición por la salvaguardia del orden jurídico en la conciencia de la colectividad, lo que no es más que lo ya dicho por la teoría de la retribución: la imposición de un mal por el mal cometido. (p.206)

Lo que se traduce en la necesidad por parte del legislador de analizar todos los aspectos que rodean la conducta del *grooming* o del *sexting*, justificando de manera adecuada esta intromisión en el derecho fundamental a la libertad y formación sexual, partiendo de la base que su categorización como quiera que implica la negación de un derecho debe además de ser personal, judicial, pública, obedece al programa político criminal diseñado por el Estado tendiente a limitar a un mínimo razonable este tipo de ciberprácticas.

En otro sentido, la posibilidad de tipificar el delito de *grooming* o de *sexting* resulta necesario cuando a partir de la prevención general se quiere enviar un mensaje a la colectividad, una forma de control, pero también de protección de bienes jurídicos relevantes para el tráfico jurídico donde se encuentran los menores y sus derechos.

Partiendo de esa premisa, el legislador debe recurrir en el presente caso al derecho penal para proteger los derechos de los menores que pueden resultar víctimas del *grooming* o del *sexting*, por cuanto esto resulta constitucionalmente necesario, es decir, por ahora no se advierten la existencia de otras alternativas menos gravosas o invasivas de derechos, si bien es cierto la ley penal tiene el carácter fragmentaria, subsidiaria y de *ultima ratio*, la configuración jurídica de la conducta resulta a la luz del derecho por proteger, razonable, proporcional y necesaria.

## **Conclusiones**

Las nuevas tecnologías de la información propician la aparición de comportamientos que lesionan y vulneran los derechos de los menores, los cuales están sometidos a los riesgos propios de un mundo globalizado, con acceso a las redes sociales en forma ininterrumpida y casi sin ninguna clase de restricción.

En ese contexto, la regulación de los Estados debe estar dirigida precisamente a contrarrestar este tipo de prácticas, las cuales en alguna medida se materializan en lo que hoy se conoce como *grooming* y *sexting*, ciberconductas enfocadas a obtener mediante el engaño o la coacción imágenes visuales con contenido sexual, donde las víctimas son menores de edad.

Estas conductas están lesionando o poniendo en peligro en gran medida la libertad, integridad y formación sexual, situación que hace imperante que todos los Estados, incluyendo por supuesto a Colombia, ajuste su normatividad a los estándares internacionales especialmente aquellos diseñados para reprimir estas prácticas: el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de niños contra la explotación sexual y el abuso sexual de 25 de octubre del 2007, si bien no obligan a Colombia, sí es un ejemplo de ello.

Como se pudo analizar, Argentina y España ya acogieron ese llamado, del cual no puede estar ausente Colombia, ya que con la legislación actual no se puede garantizar de manera efectiva el arribo indiscriminado de este tipo de prácticas, situación que, además de poner en peligro el bien jurídico tutelado respectivo, constituye una omisión legislativa relativa.

La utilidad de la sanción, desde la perspectiva de la función que le corresponde al legislador, resulta relevante en un Estado de derecho, más aun, en uno como el colombiano, que presenta estándares tan altos de acceso a los sistemas de información, en dicho contexto resulta imperante para minimizar los riesgos propios de un mundo globalizado, elevar a la categoría de delitos estos dos comportamientos, la inacción genera vacíos de impunidad, los cuales son aprovechados por los criminales para obtener las finalidades delictivas pretendidas, en detrimentos de los más vulnerables de la estructura social (los menores de edad) y, por ello, exigen una protección reforzada.

### **Recensión a la Sentencia 45868<sup>19</sup>**

Para la fecha de culminación del presente trabajo no se había promulgado la sentencia de la referencia, que desarrolla de manera concreta lo que se encuentra prohibido en el artículo 218 de nuestro código sustantivo, siendo importante anotar, que si bien es cierto, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional ya se habían pronunciado frente a este ilícito, también lo es que, frente a cómo debe entenderse ese artículo 218 existían vacíos para su interpretación.

La mencionada norma establece: “El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, trasmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años

---

<sup>19</sup> 7 de febrero de 2018. Sala Penal Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente José Francisco Acuña Vizcaya.

de edad, incurrirá en prisión de 10 a 20 años y multa de 150 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

No existe controversia en cuanto a los verbos rectores que contienen las acciones sancionadas, ni tampoco en lo referente al sujeto pasivo de estas, por el contrario, no ha sido pacífica la discusión frente a lo que se entiende por representaciones reales de actividad sexual, excluyendo claramente cuando se evidencia la existencia de actos sexuales (entre dos o más personas o de auto estimulación), y cuando lo que se observa corresponde a accesos carnales, sea cual sea su naturaleza.

Lo problemático, ha sido determinar si la exhibición de las partes íntimas de niños niñas y adolescentes, bien sea a través de la desnudez o semidesnudez, en sí misma, corresponde a actividad sexual. Y es allí precisamente donde concierne al trabajo que hemos venido realizando, pues la providencia en cita determina su significación.

Indica entonces, que lo que ha sido denominado como “representaciones reales de actividad sexual, si bien carece de definición legal, debe entenderse asimilado al concepto de pornografía, que contiene dos ingredientes, el primero: que corresponda a imágenes y representaciones de conductas sexuales explícitas y; el segundo: que estén dirigidas a provocar excitación sexual, incluyendo dentro de esta definición una finalidad objetivada, pero que según la sentencia no depende de la intención de quien lo elabora o utiliza posteriormente, si no de cualquier observador del común.

Identifica que las imágenes, bien sea fotografías, videos, entre otros, en donde sólo se exhiban las partes íntimas de niños, niñas o adolescentes, no pueden entenderse como representaciones de

actividad sexual, toda vez que para ese observador común no están dirigidas a la erotización o al placer sexual.

Advertido lo anterior, es de anotar que dentro de las practicas cibernéticas que son objeto de esta investigación, *grooming* y *sexting*, se tiene, que precisamente ese acercamiento, seducción o engaño que efectúa el adulto, lo realiza con la intención de conseguir del menor de edad justamente archivos (fotografías y videos) de acciones de contenido erótico sexual, que en ocasiones puede ser solamente los genitales de estos y, en otras, con prácticas incluso de auto estimulación.

Así las cosas, partiendo de ese concepto restrictivo que efectúa el pronunciamiento en cuestión, ninguna de esas actividades desplegadas por adultos y que comprometen los bienes jurídicos de la integridad y formación sexual serian punibles dentro de nuestra legislación, pues se desconoce el contexto y, si bien se hace una valoración subjetiva de lo que expresan esos archivos referido al observador promedio, también lo es que se desconoce ese factor subjetivo de quien interactúa con los menores de edad, ejerciendo jerarquía sobre ellos y solicitando el envío de los mencionados archivos.

De otro lado, existe en la mencionada providencia un salvamento de voto en el que se indica que esas representaciones de desnudez, exhibición genital de menores de edad, que contienen poses sugestivas, dentro del contexto en el que son producidas, son del todo aptas para despertar sensaciones de orden sexual, por lo que son subsumibles dentro del concepto de pornografía establecido en la decisión.

Consideración dentro de la que se enmarca ese concepto amplio de representaciones reales de actividad sexual y que en mi sentir busca la protección especial de los niños, niñas y adolescentes acogida por el Estado colombiano cuando se hace parte y suscribe el Protocolo Facultativo de la

Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

Toda vez que no pueden desconocerse las realidades fácticas en donde en cada caso debe realizarse una contextualización de lo contenido en el archivo, pues si bien es cierto, no todos aquellos que contengan desnudez de menores pueden ser considerados tendientes a despertar la libido del observador, tampoco pueden excluirse de que tengan esta finalidad.

En el caso del *grooming* y el *sexting* precisamente el abordaje por parte del adulto se hace con este fin, estas fotografías vienen acompañadas de conversaciones previas y posteriores con contenido erotizante, con poses sugestivas, peticiones y entornos lascivos, que buscan la satisfacción del placer sexual, lo que puede ser percibido tanto por quien es el receptor directo de esta, como por aquel del común. Este tipo de registros, además, permiten la instrumentalización de los niños, niñas y adolescentes, como objeto de complacencia libidinosa de terceras personas.

Concluyendo entonces, en aras de garantizar la protección de los menores de edad de estas prácticas cibernéticas debe acogerse el criterio amplio de representación de actividad sexual, en donde se incluyan las que corresponden a la exhibición de las partes íntimas de estos, sin que sea necesario la existencia de prácticas sexuales, pero realizando análisis del contexto (interacción, poses, gestos, lugar) que permitan la erotización no solo del observador del común, sino también, para quien demanda el intercambio de imágenes, pues su finalidad es la de su satisfacción sexual.

## Bibliografía

- ¿Qué es el 'Grooming' y por qué deben temerle niños y adolescentes? (2014, 21 de mayo). *El Tiempo* [Edición Digital]. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14017815>.
- Alcántara, L. (2009). *La libertad sexual como bien jurídico protegido*. Madrid: PUCMM-RSTA.
- Barrera, S. (2013). *Menores e Internet*. Navarra: Arazandy.
- Barrio, F., & Sarricouet, M. (2016). El derecho penal y la pornografía infantil en el derecho comparado a nivel internacional, de Argentina, Estados Unidos y Europa. *SCRIPTed*, 13(2), 171-196. doi: 10.2966/scrip.130216.171.
- Benavídez, J. (2014). De cómo el grooming se hizo delito. Informe especial del trámite en el Congreso. *Pensamiento Penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina37958.pdf>.
- Botero, B. (2002). La teoría unificadora dialectica de Roxin a la luz de Beccaria. *Revista Telemática del Derecho*, 5. 201-212.
- Bouyssou, N. (2015). *Los delitos de corrupción de menores y pornografía infantil*. Sevilla: Universidad de Sevilla. Recuperado de <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/32955/Tesis%20Norma%20%2830Sept2015%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Casación 18455 (Corte Suprema de Justicia 18 de septiembre de 1997).
- Casación 25743 (Corte Suprema de Justicia 26 de octubre de 2006).
- Casación 29117 (Corte Suprema de Justicia 2 de julio de 2008).
- Casación 30305 (Corte Suprema de Justicia 5 de noviembre de 2008).
- Casación 39160 (Corte Suprema de Justicia 14 de agosto de 2012).
- CDN. (1989). *Convención de los derechos del niño*. ONU. Recuperado de <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

- Congreso de la República de Colombia. (1997). Ley 360 de 1997. Recuperado de: [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0360\\_1997.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0360_1997.html).
- Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000: Código Penal Colombiano. Recuperado de [https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley\\_0599\\_2000\\_pr008.htm](https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0599_2000_pr008.htm).
- Consejo de Estado 26977 (10 de Noviembre de 2005).
- Consejo Europeo. (2011). Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, por la que se deroga la Decisión marco 2004/68/JAI (Directiva 011). Recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0094:FIN:ES:PDF>.
- Cuenca, A. (2014). *El nuevo delito de grooming del artículo 183 bis del código penal*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Recuperado de [https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119297/TFG\\_acuencapadilla.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2014/119297/TFG_acuencapadilla.pdf).
- Dolz, M. (2017). Análisis de las novedades introducidas por la lo 1/2015 en los delitos tipificados en los artículos 182 y 183 ter CP. Las conductas relativas a la prostitución de menores y personas con discapacidad del art. 188 CP. *www.fiscal.es*. Recuperado de [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jes%C3%BAs%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cdbc89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Manuel-Jes%C3%BAs%20Dolz%20Lago.pdf?idFile=cdbc89aa-7935-4111-bccf-3a2ea6aa8456).
- Fernández, J. (2008). *Derecho penal e internet, especial consideración de los delitos que afectan a jóvenes y adolescentes*. Valladolid: Lex Nova.
- Ferrer, M. (2016). *Delitos contra menores en Internet* (Tesis doctoral en Criminología y Seguridad). Universitat Jaume I, Castellón, España.
- García, L. (2013). Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral. (Especial referencia al "sexting"). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 10(103), 24-31.
- Garibaldi, G. (2014). Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina. *Revista Derecho Penal*, 3(7), 21-37.

- Gascón, A. (2013). La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y la protección del discurso racista. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 47, 163-182.
- Gil, A. (2015). El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del código penal LO 1/2015. *Revista de derecho UNED*, 16, 275-319.
- Gómez, M. (2010). *Comentarios al Código Penal*. Madrid: Lex Nova.
- Gómez, O. (2016, 5 de julio). *El 'grooming' no está tipificado como delito en Colombia* [Web log post]. Recuperado de <http://blogs.portafolio.co/tecnologia-personal/grooming/>
- González, G. (2016). Los derechos sexuales y de salud sexual y reproductiva de los menores de edad y la validez de su consentimiento después de las últimas modificaciones legislativas. *Estudios*, 26(1), 9-38.
- González, I. (2011). *Lecciones de derecho penal: parte general, la punibilidad*. Bogotá D.C.: Universidad Externado.
- Guardiola, M. (2016, 11 de enero). *El sexting: nuevo tipo penal introducido tras la reforma del Código Penal*. *Legaltoday*. Recuperado de <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/penal/el-sexting-nuevo-tipo-penal-introducido-tras-la-reforma-del-cp>.
- Gubern, R. (2005). *La imagen pornográfica y otras perversiones ópticas*. Barcelona: Editorial Anagrama.
- Molina, J. (2016). *Bullying, cyberbullying y sexting*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Nos metimos en la Deep Web, la parte oscura del internet, y esto fue lo que vimos. (2017, 15 de junio). *Dinero*. Recuperado de: <http://www.dinero.com/empresas/articulo/que-es-la-deep-web-y-que-se-encuentra-ahi/246582>.
- OEA. (2006). *Trata de Personas*. Mexico: Instituto Nacional de Mujeres.
- ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.
- ONU. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>.

- ONU. (2000). *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPSCCRC.aspx>.
- Orts, B. (1987). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Orts, E. (1995). *Delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Panizo, V. (2017). *Child-groomin*. Castilla, España.
- Pérez, A. (1998). *Infancia Robada: La utilizacion de menores en la prostitución*. Mexico: Porrúa.
- República Argentina. (2013). *Código Penal de la Nación Argentina*. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17>.
- Riquert, M. (2014). El “cibergrooming”: nuevo art. 131 del C.P. y sus correcciones en el “Anteproyecto” argentino de 2014. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 4(1), 1-16.
- Roibon, M. (2017). El delito de grooming en la legislación argentina. *Pensamiento penal*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/07/doctrina45560.pdf>.
- Santos, M. (1997). *Manual de Informes sobre Derechos Humanos*. Costa Rica: Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones.
- Sentencia C143 (Corte Constitucional. 6 de abril de 2015). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-143-15.htm>.
- Sentencia C146 (Corte Constitucional. 23 de marzo de 1994). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-146-94.htm>.
- Sentencia C173 (Corte Constitucional. 10 de marzo de 2010). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-173-10.htm>.
- Sentencia C351 (Corte Constitucional. 9 de septiembre de 2013). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-351-13.htm>.
- Sentencia C647 (Corte Constitucional. 20 de junio de 2001). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-647-01.htm>.

- Sentencia C862 (Corte Constitucional. 25 de octubre de 2012). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-862-12.htm>.
- Sentencia C876 (Corte Constitucional. 22 de noviembre de 2011). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-876-11.htm>.
- Sentencia SP 45868 (Sala Penal Corte Suprema de Justicia. 7 de febrero de 2018). Recuperado de <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wpcontent/uploads/2018/.../SP123-201845868.pdf>.
- Sentencia T391 (Corte Constitucional. 22 de mayo de 2007). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>.
- Sentencia T512 (Corte Constitucional. 16 de septiembre de 2016). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-512-16.htm>.
- Sentencia T557 (Corte Constitucional. 12 de julio de 2011). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-557-11.htm>.
- Sierra, H. (2005). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: REUN.
- Torres, W. (2011). *Derecho Penal Parte Especial, delitos contra la libertad integridad y formacion sexual*. Bogota: Universidad Externado.
- Torres, W. (2011). *Lecciones de derecho Penal parte Especial: Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- UNICEF. (2014). *GROOMING Guía práctica para adultos: información y consejos para entender y prevenir el acoso através de internet*. Recuperado de [https://www.unicef.org/argentina/spanish/guiagrooming\\_2014.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/guiagrooming_2014.pdf).
- Velázquez, F. (2010). *Manual de derecho penal parte general*. Bogota: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal Parte general*. (C. Fontan Balestra, Trad). Buenos Aires: Roque de Palma Editor.