

La regulación de la pornografía como límite a la libertad de expresión: Un acercamiento desde la perspectiva colombiana

**Nathalia Fonseca Gil
Monitora CIFI**

En el mundo de los tabús culturales es necesario abordar aquellos que existen y que se propagan rápidamente por el hecho de ser ocultos y prohibidos. Uno de esos tantos tabús es la palabra pornografía, tema que todos sabemos que existe, pero poco se debate, y que nos genera como comunidad legal la obligatoriedad de revisar los lineamientos existentes y los interrogantes que deben ser planteados en busca del mejoramiento continuo y armónico de una sociedad en desarrollo y con nuevas formas de pensamiento. Es por ello que esta entrada tiene como propósito brindar un acercamiento a este tema desde la perspectiva colombiana, donde de manera general se pueda observar cual es la respuesta que nuestra legislación brinda a esta problemática, los acontecimientos que la han circundado y su relación con la libertad de expresión.

La pornografía, según Malem (1992), hace referencia al conjunto de actos o representaciones sexuales que habitualmente se realizan en la intimidad, cuya finalidad se centra en provocar la excitación sexual y la satisfacción de la libido. Esta definición corta encierra palabras que pueden resultar escandalosas para algunos y propicias de una oportunidad económica para otros, ya que las necesidades sexuales han permitido el desarrollo de producciones representadas en la literatura, la pintura, las fotografías, el cine, y los contenidos fílmicos, que se han viralizado en diferentes plataformas y que hoy en día son de fácil acceso en este mundo globalizado gracias al internet.

En Colombia, la pornografía tiene sus inicios en la década de 1940 cuando se crean las primeras salas X clandestinas (El tiempo, 2009, párr. 9), las cuales, no tuvieron buena acogida en el país ya que se vieron permeadas de diferentes estigmas y señalamientos al ser tildadas por parte de la iglesia católica y del Estado como inmorales y perjudiciales para la salud. De acuerdo con la información presentada por el periódico El tiempo (2009), esto no fue un impedimento para el crecimiento de esta industria tanto a nivel nacional como internacional, pues se contó con la participación de diferentes mujeres y hombres colombianos que promovieron películas y productoras pornográficas.

Dichos acontecimientos concuerdan con la ley 95 de 1936 donde se estableció el delito de la pornografía bajo el marco de los delitos que atentan contra la moral pública y que enmarcaba el tipo así: *“El que fabrique, importe para la venta o reproduzca escritos, dibujos, imágenes u objetos obscenos, haciéndolos circular o distribuir, o presentándolos en exposiciones o espectáculos, está sujeto a la pena de dos meses a un año de arresto y a la de multa de cincuenta a mil pesos”* (Ley 95, 1936, art. 249). En su momento, esto dejó a la sociedad con un sinsabor al ser una cláusula general, ambigua y subjetiva que no delimitaba claramente el bien jurídico que pretendía proteger pero que si limitaba a toda la población en su derecho a la libertad de expresión en torno a las prácticas sobre este tema.

Sin embargo, en la actualidad nacional el material pornográfico se encuentra permitido para la realización, consumo y comercialización en el que participen mayores de edad, ya que en acatamiento del principio de legalidad y tipicidad que contempla nuestro Código penal (2000) solo se encuentra penalizado el delito de pornografía con menor de 18 años, un tipo alternativo que

refiere a las interpretaciones y representaciones físicas y reales en las que se vean envueltos menores de edad. Es decir, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se excluyen, en primer lugar, la pornografía técnica que se consigue con la participación de adultos cuya imagen es alterada con ayudas tecnológicas para que parezcan menores de edad, segundo, la pornografía virtual o artificial aquella generada íntegramente en el ordenador donde se busca asemejar a un menor pero se duda de si es real o si es virtual y por último la pseudo pornografía consistente en la inserción de imágenes, fotogramas o voces de menores de edad en contextos pornográficos en los que realmente no participaron. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 123-2018, 2018).

Pero, ¿Por qué en Colombia la regulación de la pornografía se basa principalmente en el tipo penal mencionado anteriormente? Pues bien, a través de los años se ha venido estudiando el impacto que ha producido la explotación sexual comercial infantil en el territorio nacional e internacional, pues este es considerado como el principal problema que atenta contra los derechos humanos de la infancia y que son vulnerados de manera continua por el “trabajo forzado, los abusos y la explotación sexual” Suárez, A. W. (2019) . Adicionalmente, este tipo de acciones se prevén como consecuencia del contenido de los mandatos constitucionales previstos en los artículos 44 y 45 que buscan la protección de la infancia y la adolescencia mediante la prevención, sanción, y desarrollo de medidas efectivas y oportunas que respondan a estas disposiciones y a las diferentes alertas. Lo anterior considerando, por ejemplo, que el estudio *The social costs of pornography* de Mary Layden (2018), identifica el riesgo de la pornografía como “primera ‘sustancia’ adictiva de la cual es imposible desintoxicarse”, porque las imágenes quedan grabadas en la memoria.

La tipificación de esta conducta a través de la ley 679 de 2001, en contra de menores, quedó de la siguiente manera: “*El que fotografíe, filme, grabe, produzca, divulgue, ofrezca, venda, compre, posea, porte, almacene, transmita o exhiba, por cualquier medio, para uso personal o intercambio, representaciones reales de actividad sexual que involucre persona menor de 18 años de edad. Igual pena se aplicará a quien alimente con pornografía infantil bases de datos de Internet, con o sin fines de lucro*” (Código Penal [C.PEN], 2000).

No obstante, frente a la pornografía, en ningún momento el régimen jurídico en mención hace referencia al derecho de libertad de expresión consagrado en nuestra Carta política en su artículo 20 como: “*Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios de comunicación masiva*” (C.P., 1991, art. 20). Esto nos lleva a plantear un nuevo interrogante **¿Nuestra legislación presenta vacíos legales al no tener una regulación expresa sobre la pornografía que cobije a toda la población?**

Parece que nuestro código penal, al centrarse en la protección de los menores de edad, buscaba no chocar con este límite de la libertad de expresión y simultáneamente proteger el desarrollo de la libertad, formación e indemnidad sexual de los menores. Dado que, entrar en el debate de si esta bien regular, permitir o prohibir la pornografía es tocar una de las fibras más sensibles, porque allí convergen diferentes posturas y argumentos que se podrían ver ejemplificados en el caso de Australia donde los grupos de mujeres feministas, afirman que la pornografía es la

subordinación gráfica sexualmente explícita de las mujeres, ya sea en imágenes o en palabras y que no afecta solamente a las mujeres que participan de su producción sino a todas las mujeres al normalizar y legitimar su opresión a través del sexo (MacKinnon, 1987, como se citó en Gelber y Stone, p. 3) contrario de lo que se puede deducir de casos colombianos como el de Gina Carrera quien fue una de las primeras mujeres colombianas que participó en la producción de películas pornográficas por una sentida vocación El tiempo (2009).

Entonces se podría decir que para evitar este tipo de discusiones nuestro legislador deja un vacío intencional al no hacer mención del género o medidas taxativas que regulen esta actividad, sino reduciendo su margen de acción a la protección de un grupo poblacional específico para no vulnerar el derecho a la libertad de expresión y con ello poder dejar al arbitrio de cada persona que posición y participación tomar. Incluso, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia este derecho también se encuentra garantizado a los menores de 18 años y mayores de 14 años que den su consentimiento libre de vicios de la voluntad para participar en estas actividades, ya que este delito solo se puede configurar sobre personas menores de 18 años y mayores de 14 años cuando se realice dentro de un ambiente de explotación. (Corte Suprema de Justicia, 2019, como se citó en Murcia, H. 2021, p. 12).

En consecuencia, la regulación de la pornografía que tenemos en Colombia en la actualidad no limita ni restringe el derecho a la libertad de expresión. Las modificaciones y avances legislativos que se han dado en esta materia han propendido por la protección de los menores de edad al estar en una etapa de desarrollo y formación que no debe verse perjudicada o viciada por este tipo de actividades, pero estos no chocan ni sobrepasan el respeto por la decisión de cada persona de hacer uso y participación de la pornografía.

Referencias:

Aponte Mendoza, P. A. (2021). El incremento de la pornografía infantil por el uso generalizado de las TICS en Colombia con ocasión de la pandemia generada por la COVID-19 (Trabajo de grado, Universidad Pontificia Bolivariana). <https://repository.upb.edu.co/bitstream/handle/20.500.11912/8923/El%20incremento%20de%20a%20pornograf%C3%ADa%20infantil%20por%20el%20uso%20generalizado%20de%20las.pdf?sequence=1>

Código Penal [C.PEN.]. (2000). (28.a ed.). Legis.

Congreso de la República de Colombia. (24 de abril de 1936). Por medio de la cual se establece la parte general y disposiciones preliminares. [Ley 95 de 1936]. Derogado.

Congreso de la República de Colombia. (04 de agosto de 2001). Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución. [Ley 679 de 2001]. DO: 44.509

Constitución Política de Colombia [C.P.]. (1991). (22.a ed.). Leyer.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (7 de septiembre de 2011). Proceso 32554 [M.P: Bustos, J.]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (07 de febrero de 2018). Sentencia SP 123-2018 [M.P: Acuña, J.]

Legis. (23 de agosto de 2022). Pornografía infantil en Colombia disminuye luego de cinco años. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/pornografia-infantil-en-colombia-disminuye-luego-de-cinco-anos>

Malem, J. Acerca de la pornografía Revista del Centro de Estudios Constitucionales, ISSN 0214-6185, N.º. 11, 1992, págs. 219-237. [PDF]

Murcia Gutiérrez, H. F. (2021) LA EXPLOTACIÓN COMO ELEMENTO DEL TIPO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 218 CP A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA (Trabajo de grado, Universidad de los Andes). <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/55438/25973.pdf?sequence=1>

N. Instituto de la Familia (21 de noviembre de 2018). Pornografía, la droga del siglo XXI. Universidad de la Sabana. <https://www.unisabana.edu.co/empresaysociedad/instituto-de-la-familia/noticias/detalle-de-noticia-instituto-de-la-familia/noticia/pornografia-la-droga-del-siglo-xxi/>

Redacción el tiempo (18 de marzo de 2009). La historia del porno en Colombia. El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4885693>

Suarez Amaya, W. K. (2019). INCIDENCIA DEL INTERNET EN EL DELITO DE PORNOGRAFÍA CON MENORES DE DIECIOCHO AÑOS (Trabajo de grado, Universidad Jorge Tadeo Lozano). <https://expeditiorepositorio.utadeo.edu.co/bitstream/handle/20.500.12010/11075/Trabajo%20de%20grado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>