

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**LA PROTECCIÓN PENAL DE LOS INFANTES Y ADOLESCENTES
FRENTE A LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL
EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO Y ASPECTOS SUSTANTIVOS PRINCIPALES**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER
EN DERECHO PENAL**

Patricia Del Carmen Ticlla Paredes

ASESOR

Prof. Yvan Fidel Montoya Vivanco

MIEMBROS DEL JURADO

Luis Alberto Bramont Arias Torres (Presidente)

Yvan Fidel Montoya Vivanco (Segundo Miembro)

Romy Alexandra Chang Kcomt (Tercer Miembro)

Lima - Perú

2014

Encomiendo esta tesis a la protección de la Divina Misericordia y la Virgen del Carmen

Con amor, la dedico a mi abuela María Hildaaura Contreras, quien es mi ángel en el Cielo

Este estudio también lo consagro con profundo amor y gratitud a mis otros ángeles en el Cielo, mi madre Hilda Agueda Paredes y mi abuelo Ermitaño Paredes porque ambos son una lección de vida y perseverancia, y porque creyeron en que esta tesis sería una realidad

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1

LA PORNOGRAFÍA INFANTIL ES UNA FORMA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LOS INFANTES Y ADOLESCENTES: ANÁLISIS DESDE LOS BIENES JURÍDICOS DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

- 1.1. La explotación sexual de infantes y adolescentes
 - 1.1.1. El marco normativo contra la explotación sexual de los menores de edad
 - 1.1.2. La explotación sexual como vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad
 - 1.1.3. El poder delictivo de la pornografía infantil sobre los insumos humanos y los propios materiales pornográficos
- 1.2. El mercado del sexo como punto de encuentro entre la oferta y la demanda de la explotación sexual de infantes y adolescentes. Especial referencia a la pornografía infantil
- 1.3. Pornografía infantil: definición y características. Concepto de material pornográfico
 - 1.3.1. Definición de pornografía infantil
 - 1.3.2. Características y tipos de pornografía infantil
 - 1.3.3. Concepto de material pornográfico
- 1.4. Diferencias entre la pornografía, la pedofilia y la pederastia
- 1.5. Los bienes jurídicos protegidos en los delitos de pornografía infantil
 - 1.5.1. La indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el delito de fabricación de pornografía infantil
 - 1.5.2. La libertad sexual como bien jurídico protegido en el delito de fabricación de pornografía infantil
 - 1.5.3. La intimidad del menor como bien jurídico protegido en los delitos de posesión, promoción, distribución, exhibición, ofrecimiento, comercialización, publicación, importación, exportación por cualquier medio como objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios, y la difusión del material pornográfico infantil

CAPÍTULO 2

LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA GARANTÍA DE TAXATIVIDAD

- 2.1. Reconocimiento democrático del principio de legalidad
 - 2.1.1. Reconocimiento normativo del principio de legalidad
 - 2.1.1.1. Garantía de ley estricta o garantía de tipicidad
 - 2.1.1.2. Garantía de *lex certa* o de taxatividad
 - 2.1.1.3. Los elementos descriptivos
 - 2.1.1.4. Los elementos normativos (jurídicos, sociales y culturales)
- 2.2. La legitimidad constitucional del «elemento normativo pornografía infantil» con la garantía de tipicidad en la interpretación de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional peruano y español
- 2.3. La compatibilidad de la cláusula general «exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios» con las garantías de taxatividad y tipicidad

CAPÍTULO 3

LOS COMPORTAMIENTOS TÍPICOS DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL DEL ARTÍCULO 183-A DEL CÓDIGO PENAL DE 1991

- 3.1. Promoción de material pornográfico
- 3.2. Fabricación de material pornográfico
 - 3.2.1. La relación entre los delitos de fabricación de pornografía infantil con los actos contra el pudor del menor y la violación sexual del menor
- 3.3. Distribución de material pornográfico
- 3.4. Exhibición de material pornográfico
- 3.5. Ofrecimiento de material pornográfico
- 3.6. Comercialización de material pornográfico
- 3.7. Publicación del material pornográfico
- 3.8. Importación de material pornográfico
- 3.9. Difusión de pornografía infantil
- 3.10. Realización espectáculos en vivo de carácter pornográfico con personas de 14 y menores de 18 años de edad
- 3.11. La posesión de material pornográfico y el principio de proporcionalidad
 - 3.11.1. El concepto de posesión
 - 3.11.2. Las clases de posesión de material pornográfico
 - 3.11.2.1. La posesión de material pornográfico infantil destinado al consumo
 - 3.11.2.2. La posesión de material pornográfico infantil orientado al tráfico
 - 3.11.3. El análisis de la posesión de material pornográfico desde el principio de proporcionalidad

- 3.11.3.1 Idoneidad
- 3.11.3.2 Necesidad
 - a) Principio de Exclusiva Protección de los Bienes Jurídicos
 - b) Principio de Mínima Intervención
 - c) Principio de Fragmentariedad
 - d) Principio de Subsidiariedad
- 3.11.3.3 Proporcionalidad en sentido estricto

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA



INTRODUCCIÓN

En este estudio queremos proponer una interpretación desde un enfoque penal y constitucional para analizar el fenómeno de la explotación sexual infantil, en particular la pornografía infantil, comprendiendo ante todo que los hechos se gestan cuando los explotadores sexuales ejercen su poder y se aprovechan de la fragilidad y la vulnerabilidad de los infantes y adolescentes para someterlos como objetos sexuales con o sin su «consentimiento» a cambio de prestaciones dinerarias como de beneficios no económicos para satisfacer la demanda sexual de los adultos en el mercado del sexo. Este es el punto de encuentro entre la demanda de los consumidores y la organización de la oferta de los explotadores sexuales, donde «todo se compra y todo se vende», especialmente el material pornográfico infantil.

Observamos que si bien con la demanda se tiene el material pornográfico infantil, esta demanda de pornografía infantil también implica que se promueva la demanda del servicio sexual de los infantes y los adolescentes en contextos de explotación. En efecto, los individuos también podrían incurrir en otras conductas delictivas de explotación sexual que prohíbe la Ley 28251 del 8 de junio de 2004. Entre ellas se encuentran el favorecimiento a la prostitución (artículo 179 Código Penal, forma agravada), la modalidad usuario-cliente (artículo 179-A del Código Penal), el rufianismo (artículo 180 del Código Penal, segundo párrafo forma agravada), el proxenetismo (artículo 181 del Código Penal, segundo párrafo forma agravada), el turismo sexual infantil (artículo

181-A del Código Penal), la trata de personas (artículo 182 del Código Penal, segundo párrafo forma agravada) y los delitos de pornografía infantil (artículo 183-A del Código Penal). Estos últimos tipos son materia de nuestro estudio, y examinaremos su legitimidad bajo los principios de legalidad y de proporcionalidad, así como bajo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la doctrina penal. En estrecha relación con lo explicado, también evaluaremos la legitimidad del tipo de posesión de pornografía infantil, en especial la posesión para el propio consumo y el orientado al tráfico de pornografía infantil, para investigar su compatibilidad con el principio de proporcionalidad. En definitiva, nuestro estudio lo abordaremos en tres capítulos.

En el Capítulo 1 analizaremos el fenómeno de la explotación sexual infantil desde un punto de vista sociojurídico, y nos detendremos especialmente en el estudio de la pornografía infantil para diferenciarla de la pedofilia y la pederastia, para lo cual tendremos presente ante todo que el material pornográfico debe representar situaciones reales y no aparentes. Asimismo, distinguiremos el complejo tema de los bienes jurídicos del tipo penal de la pornografía infantil que son la indemnidad sexual, la libertad sexual y la intimidad del menor. Esto es, en función a las modalidades típicas del artículo 183-A del Código Penal. En efecto, discerniremos entre los temas de utilización directa del menor para el acto de fabricación (que comprende dos bienes jurídicos: la indemnidad sexual y la libertad sexual) y los actos o circunstancias posteriores a dicho aprovechamiento. Entre ellos están la posesión, la promoción, la distribución, la exhibición, el ofrecimiento, la comercialización, la publicación, la importación, la exportación, la difusión. En estos últimos casos se tiene como bien jurídico a la intimidad del menor. Es necesario resaltar que la dignidad del menor es un principio transversal a todos los tipos lesivos del

artículo 183-A del Código Penal. Ello en la medida que se trata de un tipo penal que se orienta a proteger frente a la explotación sexual de los menores de edad.

Continuaremos nuestra exposición con el Capítulo 2, en el que explicaremos que los delitos de pornografía infantil presentarían aparentemente algunos problemas de interpretación tanto con relación a una cláusula general —«exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios»—porque, se intenta explicar que esta cláusula general es compatible con las garantías de taxatividad y tipicidad. Como también otro problema de interpretación se da con relación a los elementos normativos en la calificación jurídica de los delitos de pornografía infantil. Esto es, respecto a los hechos y el objeto del delito que es el «material pornográfico». Entonces, examinaremos la compatibilidad del elemento normativo «pornografía infantil» con la garantía de taxatividad.

En el Capítulo 3 examinaremos y diferenciaremos las conductas delictivas del artículo 183-A del Código Penal y estudiaremos de forma particular la legitimidad del delito de posesión de pornografía infantil, en especial, la posesión para el propio consumo como el orientado al tráfico de pornografía infantil para evaluar su compatibilidad con el principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios: la idoneidad, la necesidad (aquí nos detendremos para analizar el *principio de protección especial del niño* que es una obligación internacional por la cual se debe proteger a los menores en situaciones de fragilidad y vulnerabilidad) y, finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto para resaltar que tanto el *principio del interés superior del niño* como el *principio de especial protección del niño* actúan juntos para proteger a los menores contra los malos tratos mediante las medidas positivas como lo interpretó el Tribunal Constitucional peruano.

CAPÍTULO 1

LA PORNOGRAFÍA INFANTIL ES UNA FORMA DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE LOS INFANTES Y ADOLESCENTES: ANÁLISIS DESDE LOS BIENES JURÍDICOS DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

1.1. La explotación sexual de infantes y adolescentes

Comprenderemos en esta investigación que el fenómeno de la explotación sexual infantil se desarrolla cuando los explotadores sexuales ejercen su poder y se aprovechan de la fragilidad y la vulnerabilidad de los infantes y adolescentes para someterlos como objetos sexuales, con o sin su consentimiento, a cambio de prestaciones económicas como de beneficios no pecuniarios.

1.1.1. Marco normativo contra la explotación sexual de los menores de edad

En este acápite entenderemos que la explotación sexual viola los derechos humanos de los menores de edad, porque se les considera objetos sexuales. El reto número cinco del Primer Congreso Mundial que se realizó sobre el tema en Estocolmo, en 1996, define este atentado de la siguiente manera:

La explotación sexual comercial de los niños es una violación fundamental de los derechos del niño. Esta comprende el abuso sexual por adultos y la remuneración en metálico o en especie al niño o niña y a una tercera persona o varias. El niño es tratado como un objeto sexual y una mercancía. La explotación sexual comercial de los niños constituye una forma de coerción y violencia contra los niños,

que puede implicar el trabajo forzoso y formas contemporáneas de esclavitud.¹

Anteriormente señalamos que los explotadores sexuales tratan a los menores de edad como objetos sexuales, hacen que ejecuten actos que involucren su cuerpo y les ofrecen prestaciones pecuniarias como «beneficios no económicos». Estos consisten en regalos, alimentos, estudios, etcétera, a cambio de satisfacer la libertad sexual de las personas adultas. Al respecto, el estudio *Vidas invisibles* sostiene que

La explotación sexual puede tener un componente económico o no tenerlo. En el primero de los casos implica necesariamente un intercambio de dinero o especie entre el cliente, el niño y eventuales intermediarios. Los «beneficios» no materiales generalmente están presentes en este tipo de relaciones, aunque exista además una transacción económica. Sin embargo, independientemente de esto, el niño es siempre tratado como un objeto sexual y una mercancía con valor de cambio. (Intervida World Alliance 2006: 10)²

¹ Debemos mencionar que el considerando cuarto de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea señala que la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil violan el derecho fundamental del niño a una educación y un desarrollo armonioso: «La explotación sexual de los niños y la pornografía infantil constituyen una grave violación de los derechos humanos y del derecho fundamental del niño a una educación y un desarrollo armoniosos» (2003).

Además, para los derechos humanos, la educación del niño significa que los menores desarrollen su personalidad y felicidad con valores en la sociedad. Sobre este aspecto, el doctor Campoy precisa: «El desarrollo de la personalidad se produce en un continuo devenir, por lo que la educación ha de adaptarse al mismo sin menospreciar en nada, sino al revés, darle todo el valor, al momento presente, a la personalidad y la felicidad del propio niño. La formación de la persona a través de la educación ha de permitir, pues, el libre desarrollo de la personalidad del educando, con la asunción de los principales valores de la sociedad en la que vive, de manera que, en último término, se pueda hacer real que el mayor número de personas posible consiga al máximo nivel posible el libre desarrollo de su diferentes personalidades» (2007: 201).

² Asimismo, el Primer Congreso Internacional realizado en Estocolmo señala en su reto número nueve las consecuencias de la explotación sexual de los niños: «[...] puede tener consecuencias graves, duraderas de por vida e incluso mortales, para el desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral y social de los niños, comprendida la amenaza de embarazo precoz, mortalidad materna, lesiones, retraso del desarrollo, discapacidades físicas y enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el VIH/SIDA» (Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños 1996).

Con relación a la fragilidad de los menores que hace que puedan ser tratados como objetos sexuales, el estudio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) *¿El regreso a casa...?*

En efecto, como lo hemos señalado, el Primer Congreso de Estocolmo precisaba que la explotación sexual del niño es una violación de los derechos fundamentales de este. Frente a este «fenómeno»,³ el Congreso de Estocolmo y el de Yokohama han comprendido que la explotación sexual debe sancionarse como delito. En consecuencia, en el reto número doce, el Primer Congreso de Estocolmo plantea como finalidad el compromiso de los representantes de los Gobiernos y las organizaciones participantes para «[...] promulgar el carácter delictivo de la explotación sexual comercial de los niños, y otras formas de explotación sexual. Así como promover la adopción, implementación y diseminación de leyes contra la explotación sexual comercial de niños» (1996).⁴ En estrecha relación con lo que venimos explicando, el artículo 34 en los incisos a), b) y c) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el compromiso de los Estados Partes para proteger al menor de edad de todas las formas de explotación y abusos sexuales:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;
- b) La explotación del niño en la prostitución o en otras prácticas sexuales ilegales;
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos. (Defensa de los Niños - Internacional el

precisa: «Cuando se habla de ESCI [Explotación Sexual Comercial Infantil] se hace referencia a la utilización de las niñas y adolescentes por parte de individuos adultos, quienes se aprovechan de la vulnerabilidad e ignorancia de las menores para reducir las a objetos sexuales y beneficiarse económicamente. De ese modo, dañan su integridad, su dignidad y su identidad» (2003: 20).

³ La explotación sexual como fenómeno es señalado por el Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños en el reto número 2.

⁴ Asimismo, el Segundo Congreso Mundial de Yokohama sobre el tema, realizado del 17 al 20 de diciembre de 2001, en el compromiso mundial exhorta a los Estados la ratificación del «[...] Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía».

Además, resaltamos la obligación asumida por los representantes de los Gobiernos y las organizaciones participantes respecto de «adoptar medidas adecuadas para abordar los aspectos negativos de las nuevas tecnologías, en particular la pornografía infantil en la Internet [...]» (Segundo Congreso Mundial de Yokohama).

movimiento mundial por los derechos de la infancia y la adolescencia 1995: 12).⁵

En este sentido, con la finalidad de otorgar una protección más amplia a la infancia y adolescencia, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-17/2002 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Opinión 8) precisa: «Que la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales». Sin embargo, la realidad nos presenta la desprotección a los menores mediante las modalidades de la explotación sexual de infantes y adolescentes por parte de los explotadores sexuales, porque someten la voluntad y el cuerpo de estos menores de edad para utilizarlos como objetos sexuales. En este sentido, el estudio *Imperdonable* de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) describe diversas situaciones en las que se puede manifestar la explotación sexual en los menores. Así, por ejemplo, se describen en este estudio las siguientes conductas:

El uso de personas menores de edad en actividades sexuales remuneradas en dinero o especie (comúnmente denominada «prostitución infantil»), realizadas ya sea en calles o en locales cerrados como burdeles, discotecas, casas de masajes, bares, hoteles; etc.

El tráfico y la trata de niñas, niños y adolescentes para el comercio sexual.

El turismo sexual infantil.

La producción, promoción y divulgación de pornografía, involucrando a menores de edad.

La utilización de personas menores de edad en espectáculos sexuales (públicos o privados). (2007: 21) (Las cursivas son nuestras)

⁵ El reto número cuatro de este Primer Congreso establece que «de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, todas las acciones relacionadas con la infancia deberán tener como consideración prioritaria el interés superior del niño, y sus derechos deben garantizarse sin discriminación de ningún tipo» (1996).

Ciertamente, en la legislación nacional existen normas jurídicas que luchan contra la explotación sexual comercial de infantes y adolescentes «[...] tanto en los ámbitos constitucional (Constitución Política), de niñez y adolescencia (Ley N.º 27337) y penal (Ley N.º 28251) [...]» de junio de 2004 (OIT 2006).⁶ Asimismo, la Ley 28704 de abril de 2006, la Ley 28963 de enero de 2007 y la Ley 29194 de enero de 2008, que modifican el Código Penal de 1991, protegen a los menores de edad frente a la explotación sexual.

De acuerdo con la Ley 28251, en nuestro país estas formas de explotación sexual comercial de infantes y adolescentes están tipificadas en el Código Penal de la siguiente manera:

Favorecimiento a la prostitución (artículo 179 Código Penal - forma agravada);
 Usuario - cliente (artículo 179-A del Código Penal);
 Rufianismo (artículo 180 del Código Penal - segundo párrafo forma agravada);
 Proxenetismo (artículo 181 del Código Penal - segundo párrafo forma agravada);
 Turismo sexual infantil (artículo 181-A del Código Penal);
 Trata de personas (artículo 182 del Código Penal - segundo párrafo forma agravada); y
Pornografía infantil (artículo 183 del Código Penal). (OIT 2007: 21) (Las cursivas son nuestras)

A propósito de la punición de la pornografía infantil, es importante resaltar que el Perú como Estado Parte ratificó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de infantes, la prostitución infantil y la utilización de infantes en la pornografía. Se hizo esto para introducir las conductas que tipificarían los delitos de pornografía infantil en el

⁶ Es importante resaltar que el artículo 4 del Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, indica que «El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar [...] Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación»

ordenamiento jurídico nacional. Este argumento se explica en el artículo 3, apartado 1, inciso c) del instrumento supranacional que citamos a continuación:

1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: [...]

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. (Naciones Unidas 2002).⁷

Debemos mencionar que el artículo 2, apartado c) de este instrumento internacional establece la definición de pornografía infantil que más adelante analizaremos.

1.1.2. La explotación sexual como vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad

En los párrafos siguientes nos referiremos a la situación descrita sobre la afectación directa que ocasiona la explotación sexual infantil en relación con los derechos sexuales y reproductivos de los menores de edad. Estableceremos una diferencia normativa entre infante y adolescente considerando que la definición de la edad del infante es más amplia en la Convención sobre los Derechos del Niño que en el Código de los Niños y Adolescentes, porque en aquel cuerpo normativo se entiende por infante a toda persona menor de 18 años; en cambio, el Código de los Niños y Adolescentes diferencia dos etapas en los menores de edad. Esto es, una primera etapa en la que a los menores se les denomina

⁷ Nuestro país ratificó este protocolo el 4 de octubre del 2001 mediante el Decreto Supremo 078-2001-RE. Por tanto, es un documento legalmente vinculante para el Perú porque es parte del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.

«niños» hasta los 12 años de edad; y, una segunda etapa, en la que a los menores de 12 a 18 años de edad se les denomina «adolescentes».⁸

En estrecha relación con lo señalado, comprenderemos el concepto de derechos sexuales como lo explica la doctora Melzi:

Los Derechos Sexuales implican la autodeterminación de la persona en la esfera propia de la sexualidad y de las relaciones personales. La misma abarca algunos temas aún considerados tabú para algunos sectores conservadores, tales como la libre orientación sexual y/o el placer sexual. (2004: 55)

Esta definición es equivalente a lo que advierte la Defensoría del Pueblo del Perú en el primer considerando de la Resolución Defensorial 28-2000/DP, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 15 de mayo de 2000, cuando establece su competencia para proteger los derechos sexuales en el sentido que «[...] Los derechos sexuales incluyen el derecho humano de mujeres y varones a gozar de una vida sexual libre de violencia y gratificante así como a tener control de su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva».

⁸ En el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño se considera niño a «[...] todo ser humano menor de dieciocho años de edad» (Defensa de los Niños - Internacional el movimiento mundial por los derechos de la infancia y la adolescencia 1995: 12). Además, el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y los Adolescentes, Ley 27337, considera niño a «[...] todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta los dieciocho años de edad».

Con fines didácticos, los textos sobre psicología clasifican la adolescencia en tres etapas: la adolescencia temprana o pubertad, la adolescencia media y la adolescencia tardía. En la pubertad se presentan los cambios físicos en los cuerpos de los menores de edad, como sostiene el profesor Castillo Ceballos: «[...] La adolescencia empieza cuando se inician los cambios biológicos de la pubertad. En las chicas ocurre alrededor de once años, con la primera menstruación; en los chicos sucede alrededor de los trece años, con la primera emisión de espermatozoides [...] La función esencial de la pubertad es la conquista de la madurez biológica. El cuerpo infantil se transforma en un cuerpo adulto en un corto espacio de tiempo. Este cambio incluye la maduración sexual o aptitud para la procreación» (2007: 51-139).

En coherencia con el Código de los Niños y Adolescentes y teniendo en cuenta estas explicaciones, entendemos que los adolescentes son los menores de 12 a 18 años de edad.

Ciertamente, los infantes y los adolescentes tienen derechos sexuales, pero debido al desarrollo paulatino de sus órganos sexuales aún no desarrollan su capacidad reproductiva. Esto no implica que se desconozcan los derechos reproductivos de los menores de edad, quienes se encuentran en progresiva evolución de sus facultades mentales y de su desarrollo sexual, para que cuando alcancen el grado de madurez mental y sexual decidan libremente sobre su sexualidad. Con referencia al concepto aludido, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece lo siguiente:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, *en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.* (Defensa de los Niños - Internacional el movimiento mundial por los derechos de la infancia y la adolescencia 1995: 12) (Las cursivas son nuestras).⁹

Efectivamente, el concepto de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca de la adquisición progresiva de beneficios de acuerdo con la evolución de las facultades de los menores de edad no se diferencia de la definición del proceso de desarrollo del infante y el adolescente establecido en el artículo IV del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes Peruano: «Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo» (Ley 27337. Código de los Niños y Adolescentes). Conforme lo venimos explicando, para la

⁹ A propósito de lo señalado, el estudio «Balance político normativo sobre el acceso de las y los adolescentes a los servicios de salud sexual, salud reproductiva y prevención del VIH-Sida» sostiene lo siguiente: «La capacidad de las y los adolescentes para acceder a los servicios de SS [servicios de salud sexual] y SR [salud reproductiva] implica, por un lado, el reconocimiento del desarrollo de su personalidad, y por tanto, la «capacidad de toma de decisiones al respecto —tener o no actividad sexual, usar o no métodos de protección frente al embarazo o las ITS [infecciones de transmisión sexual] , someterse o no a pruebas de despistaje de embarazo o ITS—» (Ministerio de Salud del Perú - Fondo de Población de las Naciones Unidas 2009: 14-15).

Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de los Niños y Adolescentes, los infantes tienen derechos sexuales.

En las siguientes líneas nos referiremos al concepto de derechos reproductivos, el cual esclarece la Defensoría del Pueblo del Perú en el segundo considerando de la Resolución Defensorial 040-2003/DP del 18 de diciembre de 2003 que precisa:

Los derechos reproductivos están vinculados a un conjunto de derechos humanos reconocidos en normas nacionales y en convenciones internacionales suscritas por el Perú, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7°, 12° y 24°), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (artículo 12° inciso 1), literal b del inciso 2) del artículo 14° y literal e del inciso 1) del artículo 16°) y la Convención sobre los Derechos del Niño (literal b del inciso 2) del artículo 24°).

Los informes de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo y de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer también hacen referencia a los derechos reproductivos, señalando que «se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva».

En el ámbito interno, el artículo 6 de la Constitución reconoce explícitamente los derechos reproductivos al establecer la facultad de las personas a decidir cuándo y cuántos hijos tener, así como al establecer la obligación del Estado de informar y asegurar el acceso a los distintos métodos de planificación familiar. («Informe de la Conferencia Internacional sobre la población y el desarrollo» [El Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994], citado por Defensoría del Pueblo del Perú)

En efecto, como apreciamos, el criterio de la Resolución Defensorial 040-2003/DP recoge los conceptos del Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Resaltamos de manera particular que la Resolución Defensorial citada explica que los derechos sexuales están reconocidos en instrumentos supranacionales como la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 6 de la Constitución de 1993.

A continuación comprenderemos que los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes son también derechos humanos, como lo señala la doctora Melzi:

Los derechos sexuales y reproductivos específicamente en las y los adolescentes son un reforzamiento de los derechos humanos que los son inherentes por el simple hecho de ser personas. Sin embargo estos tienen nombre propio y abarcan al igual que en los adultos el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva así como a información veraz y oportuna en materia sexual y reproductiva para que las y los adolescentes puedan ser atendidos de acuerdo a sus necesidades y/o puedan tomar decisiones libres e informadas en forma responsable. También comprende el desarrollo de la sexualidad de la y del adolescente en un ambiente de tolerancia, de libertad, y de igualdad entre los sexos para lograr el máximo desarrollo de la personalidad del ser humano. (2004: 69).¹⁰

En este mismo orden de ideas, considerando el desarrollo integral del infante en sus manifestaciones del desarrollo físico y mental, entenderemos que este tiene derechos reproductivos, pero que no los ejerce en razón de que su desarrollo mental y la progresiva madurez de sus órganos reproductivos no le permiten decidir y ejercer su capacidad reproductiva para procrear hijos. En consecuencia, de acuerdo con los conceptos citados anteriormente y conforme con la Convención sobre los Derechos del Niño, consideramos que las y los adolescentes tienen el goce de sus derechos sexuales y reproductivos, aunque su ejercicio quede condicionado a su capacidad evolutiva, al interés superior del niño, tal como lo sostiene la doctora Melzi:

¹⁰ A propósito de lo mencionado, la Convención sobre los Derechos del Niño precisa cinco aspectos del desarrollo integral del niño en el artículo 27, numeral 1: «Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social» (Defensa de los Niños - Internacional el movimiento mundial por los derechos de la infancia y la adolescencia 1995: 17).

Las y los adolescentes como sujetos de derechos, gozan de todos los derechos humanos y por tanto gozan de derechos sexuales y reproductivos. No obstante, debe entenderse el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos en las y los adolescentes en concordancia con el Principio del Interés Superior del Niño, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño así como en nuestra legislación nacional. El mismo responde según la «capacidad evolutiva» del niño, condición de vida y normas culturales. (2004: 97)

De acuerdo con las opiniones y normas precitadas, es notorio que los infantes como sujetos de derechos gozan de sus derechos sexuales y reproductivos. En cambio, las y los adolescentes podrían ejercer sus derechos sexuales y sus derechos reproductivos teniendo en cuenta los criterios de la edad, la evolución de sus facultades, así como su proceso de desarrollo y madurez.

De cualquier manera, las modalidades delictivas de explotación sexual de infantes y adolescentes vulneran todos estos derechos, en particular por las conductas lesivas del delito de pornografía infantil considerado en el artículo 183-A del Código Penal. Esto es evidente sobre todo cuando existen repercusiones físicas y mentales en los menores de edad, como, por ejemplo, las enfermedades de transmisión sexual (ETS), el VIH/SIDA, o los embarazos y los abortos en las adolescentes.

1.1.3. El poder delictivo de la pornografía infantil sobre los insumos humanos y los propios materiales pornográficos

La pornografía infantil es una forma de explotación sexual de los menores de edad que lesiona el cuerpo, la mente y el espíritu de los infantes y adolescentes. En efecto, los explotadores sexuales ejercen un control sobre los menores cuando los manipulan y los engañan dentro de una relación de poder¹¹ en la

¹¹ Citaremos las definiciones de «poder» pertenecientes a los autores P. Bourdieu, A. Giddens y M. Foucault cuando señalan que «El poder es entendido, desde esta perspectiva, como el ejercicio de influencia de unas personas sobre la actividad de otras, siendo la dominación un ejercicio de poder en el que las personas sobre las que se ejerce influencia carecen de mecanismos o herramientas —materiales o simbólicas— mediante las que oponerle

que los someten y colocan en desventaja. Esto ocurre cuando se les utiliza en fotografías o videos en los que muestran sus partes íntimas o realizan el acto sexual con adultos. Es decir, en estos casos, los infantes y adolescentes son utilizados como insumos para la elaboración de estos materiales. Incluso estas conductas de sometimiento sexual se transmiten en internet.

Es evidente que los explotadores sexuales ejercen cierto poder delictivo sobre los insumos humanos y los propios materiales pornográficos, porque es claro que este poder lo ejecutan para obtener ventaja de la fragilidad y vulnerabilidad de los infantes y adolescentes, y así someterlos con o sin su consentimiento. Esto se da debido a que los menores de edad se encuentran en una etapa de desarrollo físico, mental y sexual, razón por la que carecen de mecanismos para oponerse a las conductas típicas de la pornografía infantil que contempla el artículo 183-A del Código Penal: la posesión, la promoción, la fabricación, la distribución, la exhibición, el ofrecimiento, la comercialización, la publicación, la importación, la exportación y la difusión.

Más adelante explicaremos con mayor detalle que hay diferentes bienes jurídicos que se encuentran protegidos dependiendo de la modalidad de los delitos de pornografía infantil. Ahora comentaremos brevemente cómo la pornografía infantil incide en el mercado del sexo.

resistencia, sea por su condición de dependencia, por su indefensión o por su falta de libertad» (OIT 2007: 21).

Entenderemos que la explotación sexual infantil, así como la pornografía infantil, son expresiones de cierto ejercicio de poder donde los explotadores sexuales de menores colocan a los infantes y adolescentes en una posición de sometimiento, es decir, en desventaja. Como sucede en internet, los explotadores sexuales engañan a los infantes y adolescentes para que posen sin ropa, y esas imágenes son captadas y grabadas mediante una cámara web para posteriormente difundir el video pornográfico infantil en la red.

1.2. El mercado del sexo como punto de encuentro entre la oferta y la demanda de la explotación sexual de infantes y de los adolescentes. Especial referencia a la pornografía infantil

El fenómeno de la explotación sexual infantil y de los adolescentes no solo comprende a los consumidores de pornografía infantil y a los clientes de prostitución infantil, sino que abarca sobre todo una industria del sexo que se rige por la ley económica de la oferta y la demanda, como lo sostiene la profesora Guzmán:

La oferta: se caracteriza por brindar dos variantes principales de servicios: la prostitución infantil y la *pornografía infantil*, manifestaciones estrechamente vinculadas y muchas veces complementarias. Los niños son captados mediante el tráfico o venta de niños y niñas en especial en países como el Perú con niños de extrema pobreza.

Demanda: En este mercado sexual infantil se concreta la explotación sexual a través de la acción de múltiples solicitantes, entre los cuales el grupo de clientes con mayor capacidad de pago y por ende más instigadores de la oferta, lo constituyen los turistas sexuales pedófilos. (2006: 18) (Las cursivas son nuestras)¹²

En el mercado del «todo se compra», «todo se vende», la oferta del material pornográfico utiliza las imágenes de los genitales o las prácticas sexuales de los menores de edad como insumos porque a estos se les considerará mercancía para satisfacer la demanda de sexo infantil.

¹² A propósito de lo mencionado, el profesor Cánovas precisa que hay posibilidades delictivas para satisfacer la demanda de pornografía infantil: «Vivimos en un mundo centrado en la economía y la publicidad, en el que la principal ley es la de LA OFERTA Y LA DEMANDA. La pornografía infantil crea y estimula una demanda, que no tiene oferta en el “mercado legal”. Así pues, aquellos que finalmente deciden hacer realidad sus fantasías con menores, han de introducirse en el terreno delictivo. Si aplican la propiedad transitiva llegarán a una conclusión tan clara como evidente: si estas publicaciones estimulan una demanda y satisfacer esta demanda es ilegal, dichas publicaciones incitan a la ilegalidad. No cabe duda al respecto. Pero, ¿cuáles son esas opciones delictivas de las que hablamos, para satisfacer tal demanda? Son tres:

- Acosar y seducir a un menor para abusar de él
- Acudir a la prostitución de menores
- Secuestrar y violar a un menor». (1996: 60-61)

Esto indica que la explotación sexual se produce en el mercado del sexo, donde los explotadores sexuales someten a los menores de edad como objetos vendibles¹³ mediante una transacción comercial en la que se puede pagar tanto con dinero como con otro tipo de prestaciones que consisten en regalos, alimentos, etcétera. En estrecha relación con lo señalado, resaltamos el criterio de la doctora Claramunt cuando define con precisión la explotación sexual que se produce en un mercado que es ilegal y clandestino:

Existe consenso al comprender la explotación sexual comercial infantil como una forma de explotación basada en una relación de dominación-subordinación, donde las personas explotadoras se aprovechan del niño o la niña por su condición de menor de edad, su condición de género (un alto porcentaje de la niñez explotada son niñas) y la vulnerabilidad social de la víctima. *Es explotación comercial porque se produce en un mercado donde la oferta existe en la medida que hay una demanda; el cuerpo del niño o niña es utilizado como una mercancía y se produce una transacción (en especie o monetaria). Este mercado se caracteriza por ser ilegal y clandestino.* (Claramunt, citada por OIT 2007: 22) (Las cursivas son nuestras)¹⁴

Ahora bien, con relación a la demanda de la pornografía infantil en el Perú, conforme lo indica el estudio del movimiento El Pozo (2005: 171),¹⁵ esta tiene sus orígenes en la deficiente educación sexual que brindan las familias y las escuelas a los infantes y adolescentes. Posteriormente, es el barrio o los amigos los que generan las necesidades del consumo de pornografía infantil en

¹³ El doctor Capolupo interpreta a los menores de edad como objetos vendibles y se refiere a ellos como la: «[...] carne inocente [es] [la] mercancía de transacción. Rige esa ley del mercado de la oferta y la demanda» (2001: 121).

¹⁴ Además, el reto número siete del Congreso de Estocolmo precisa sobre el mercado del sexo lo siguiente: «Los delincuentes y las redes delictivas intervienen en la búsqueda y canalización de los niños vulnerables hacia la explotación sexual comercial y la perpetuación de dicha explotación. Estos elementos criminales satisfacen la demanda del mercado del sexo creada por los clientes, especialmente hombres, que buscan la gratificación sexual ilegal con los niños».

¹⁵ El estudio del Movimiento El Pozo señala: «La educación sexual se realiza mayormente a través de amigos o a través de la pornografía. Las escuelas y familias juegan un papel limitado en este ámbito» (ECPAT International 2005: 171).

mayores cantidades en el mercado del sexo.¹⁶ La demanda de pornografía infantil también implica que se promueva la demanda del servicio sexual de los adolescentes en contextos de explotación. Esto significa que nos encontramos frente al delito de explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo (artículo 181-A del Código Penal).¹⁷

Seguidamente, la doctora Ana Parra explica que la demanda de pornografía infantil y la posesión del material pornográfico son diferentes: «[...] La demanda serían las conductas o actuaciones dirigidas a procurarse o proporcionarse la posesión. Esta diferenciación es importante a los efectos de determinar hacia donde está dirigido el objetivo práctico de eliminar del mercado este tipo de material» (2011: 295). Es importante mencionar esto, porque debe quedar claro que con la demanda se tiene el material pornográfico. Sin embargo, en el Capítulo 3 de la presente investigación analizaremos con más profundidad la legitimidad del delito de posesión de pornografía infantil, en especial la posesión para el propio consumo, así como el orientado al tráfico de pornografía infantil, para evaluar su compatibilidad con el principio de proporcionalidad.

Es claro que la pornografía infantil existe en el escenario «[...] de una demanda, un mercado y una organización de la oferta» (Yávar s. a.). En consecuencia, consideramos que el mercado sexual es el punto de encuentro entre la demanda de los consumidores y la organización de la oferta de los explotadores sexuales.

¹⁶ Además, la oferta de material pornográfico infantil incluye el internet, y los consumidores demandan su adquisición conforme lo establece ECPAT en la sexta conclusión sobre el factor que contribuye a la demanda para la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en el Perú: «Existe un alto consumo de pornografía de NNA [niños, niñas y adolescentes] y de todo tipo entre explotadores, sobre todo en Internet» (2005: 174).

¹⁷ El artículo 181-A del Código Penal señala: «El que promueve, publicita, favorece o facilita la explotación sexual comercial en el ámbito del turismo, a través de cualquier medio escrito, folleto, impreso, visual, audible, electrónico, magnético o a través de Internet, con el objeto de ofrecer relaciones sexuales de carácter comercial de personas de catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro (4) ni mayor de ocho (8) años» (Decreto Legislativo 635, Código Penal).

Es decir, tanto la oferta como la demanda se dirigen en un «ida y vuelta» para obtener algún beneficio del material pornográfico infantil. En el caso de la oferta, la ganancia es el precio de la mercancía sexual que pagarán los consumidores. Entre estos se encuentran los pedófilos o los pederastas.

Por otro lado, la demanda satisfará las necesidades sexuales de los clientes aceptando la oferta de los individuos explotadores que utilizan como insumo a los menores de edad para confeccionar el material pornográfico.¹⁸

Como consecuencia del «juego oferta-demanda», estas personas que se aprovechan de los infantes y adolescentes obtienen ganancias económicas que son lucros ilícitos. Estas rentas se incrementan cada vez más en un mercado sexual activo. En este sentido reflexionan los doctores França y Delgado en el *Informe descarga de material pornográfico infantil online en Uruguay 2011-2012*:

Los adultos involucrados en pornografía infantil han encontrado en internet un medio propicio para la captación de contenido, su producción, difusión, consumo, comercialización y para la organización e intercambio entre pares. La actividad representa un negocio lucrativo así como la expresión de una perturbación psicológica, sostenida y retroalimentada por una demanda creciente, silenciosa, internacional y, por su dinámica, inconmensurable. (2013:22)

¹⁸ A propósito de lo señalado, el doctor Almeida Villacís sostiene: «Es en el libre juego de la oferta y la demanda [donde] desempeña un papel fundamental el vasto mercado de los consumidores —grupo de individuos que conciben a los menores como un objeto erotizante— integrado por miles de individuos inadaptados que padecen algún tipo de psicopatía sexual tales como los pederastas, pedófilos, fetichistas, practicantes del voyeurismo, sádicos, etc., quienes visitan de manera cotidiana los innumerables portales de Internet, dispuestos a gastar millones de dólares por las imágenes de niños en posturas eróticas o en actividades sexuales explícitas» (s. a.: 7).

La doctora Ana Parra comenta también este criterio cuando sostiene: «[...] Partiendo del supuesto de que la demanda incide directamente en el aumento de la oferta, y de que la oferta solo puede cubrirse utilizando a menores reales, se castiga de este modo a la persona que consume este tipo de materiales pretendiendo con ello intervenir en la lógica del negocio que está detrás de la explotación sexual de menores, de manera que se generen condiciones o reglas de juego que impidan su emergencia» (2011: 293-294).

Ciertamente, la intervención del cliente, que es el principal actor de este círculo de explotadores sexuales, es decisiva para que el negocio sea productivo para los demás participantes.¹⁹

Efectivamente, por el lado de la oferta intervienen los explotadores sexuales como el productor, el vendedor, el incitador, el distribuidor y el consumidor que comercializan la pornografía infantil como una mercancía que se fabrica, se vende y se compra en el mercado sexual de la oferta y la demanda, acciones que también se pueden repetir en el ciberespacio.²⁰

De acuerdo con lo explicado, son los consumidores los que participan con el rol de ofertantes, sin embargo, consideramos que esto no es así, porque los grandes protagonistas de la explotación sexual infantil son: el productor, el vendedor, el incitador, el distribuidor. Cada uno de ellos participan con el rol de ofertantes. En cambio, la intervención del cliente es solamente por la demanda de pornografía infantil. Esto es el consumo.

Es evidente que en el mercado del sexo el poder delictivo de los explotadores sexuales no se concentra exclusivamente en la estructura de las organizaciones

¹⁹ Al respecto, el estudio de Save The Children Suecia sostiene que «[...] El explotador sexual, es decir el cliente, es el principal actor dentro del círculo de los explotadores porque gracias a él este negocio se convierte en rentable para los demás actores» (2004: 30).

El mismo estudio explica sobre el cliente que «[...] el hombre al tener sexo con NNA [niños, niñas y adolescentes] busca [...] ejercicio de poder y dominio sobre los menores» (2004: 28).

²⁰ El Instituto Interamericano del Niño define a los explotadores sexuales de los menores de edad como: «[...] los productores (fotógrafos y videomakers), los intermediarios (personal de apoyo), los difusores (anunciantes, comerciantes y publicitarios) y los consumidores del producto final» (2003: 20).

Ahora bien, para la doctora Guerra (2003), los explotadores sexuales pueden ser:

- « 1. Las personas que comercian con los niños de forma individual o a través de redes.
2. Las personas que facilitan el comercio sexual (taxistas, guías turísticos, operadores de establecimiento donde se puede explotar a los niños/as)
3. Las personas adultas que buscan relaciones sexuales con los niños/as:
 - Ocasionales
 - Preferenciales
 - Pedófilos»

internacionales de pornografía infantil como son, por ejemplo, las redes profesionales de producción de esta. Ello se debe a que intervienen otros grupos con dominio criminal, tales como los individuos aficionados a la fabricación de pornografía infantil de modo casero y los sujetos que intercambian pornografía infantil.²¹

En estrecha relación con lo señalado, es necesario mencionar que la pornografía puede estar vinculada con los delitos de trata de menores de edad, el turismo sexual infantil, la prostitución infantil e inclusive con negocios ilícitos de venta de drogas y otros basados en la violencia, como lo sostiene el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar:

La pornografía es una industria que suele estar relacionada con negocios basados en la violencia, la venta de sustancias psicoactivas, la producción y comercialización de artículos y juguetes sexuales, y otras formas de explotación sexual como la prostitución y, en el caso de los niños y niñas, el constreñimiento, inducción y estímulo a la prostitución, el turismo sexual y la trata de personas. En él participan:

- Los productores
- Los intermediarios
- Los difusores y distribuidores
- Los consumidores del producto final (2004: 30).²²

²¹ En efecto, el poder de las mafias no es exclusivo porque participan otros individuos. En este sentido, el profesor Boldova sostiene que «[...] en los momentos actuales se viene constatando que la producción y distribución a gran escala no obedece tanto a la intervención de poderosas organizaciones criminales, como a la producción particular o independiente de usuarios y aficionados que han sido favorecidas por la masificación de la fotografía y del vídeo digital, siendo usualmente material de intercambio entre personas que comparten un interés sexual por los niños y niñas» (2008: 9).

El profesor Fermín Morales comparte este criterio cuando sostiene que «[...] Por consiguiente, puede trazarse una línea evolutiva que desplaza la elaboración y producción de la pornografía infantil de parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados amateurs y domésticos» (2001).

²² El mismo estudio señala también que «[...] La pornografía a través de la red facilita el enganche de los niños y niñas para ser utilizados en la producción de material pornográfico; de ahí que esta actividad se convierta en un negocio apetecido y rentable de compra, venta y distribución de dicho material, del cual se obtienen grandes ganancias económicas» (2004: 29-30).

El doctor Capolupo sostiene que la criminalidad de los cuellos verdes dedicada a la explotación sexual comercial de los niños tiene en cuenta los siguientes aspectos del negocio prostibulario:

- « a) Modo de reclutamiento

Ahora bien, el vínculo que une la oferta y la demanda es la intermediación que «[...] es el proceso mediante el cual los NNA [niños, niñas y adolescentes] son introducidos en el mercado del sexo comercial» (Save The Children Suecia 2004: 31). A continuación mencionaremos algunos tipos de intermediación:

- a) Intermediación no explotadora: Se trata de terceros, amigos, amigas que conocen el mercado sexual y que, sin recibir nada a cambio, conectan a los NNA [niños, niñas y adolescentes] con los circuitos de explotación.
- b) Reclutamiento: Se trata de terceros, amigos y amigas que reciben un beneficio económico a cambio de buscar, reunir y ayudar a incorporar a los NNA dentro de una organización de explotación.
- c) Explotación directa de parte de familiares: Se trata de padres, madres, tíos, padrinos y apoderados que explotan a los NNA.
- d) Explotación indirecta: Se trata de terceras personas que convocan a los NNA para su explotación.
- e) Explotación de un proxeneta: Se trata principalmente de un proxeneta que aprovechando su relación afectiva con el (la) NNA, vive del dinero que este(a) consigue.
- f) Reclutamiento a cargo de profesionales: Se trata de organizaciones que se sirven de adultos encargados de captar a los NNA. Utilizan diversas estrategias de captación. La más conocida es a través de avisos de empleo [...].
Generalmente están conectadas con redes de tráfico de NNA. (Save The Children Suecia 2004: 31-32)²³

-
- b) Los lugares de operación
 - c) La forma de entrada a los países de destino
 - d) El tiempo físico y psicológico que los niños pueden durar para satisfacer a los clientes
 - e) El estudio de los mercados y la mayor demanda
 - f) La forma de deshacerse de los chicos que ya no les sirven» (2001: 129).

²³ Respecto de una muestra de 167 menores de edad que son víctimas de la explotación sexual comercial, el estudio de la OIT titulado *Imperdonable* evidencia que «el 69% de estas personas en Lima fueron ingresados a esta situación de explotación mediante amistades, pero el 40,3% de las víctimas en las provincias del Perú ingresaron a este ambiente por amigos(as)» (2007: 66).

Esto sucede cuando la víctima es un adolescente de 14 años de edad y menor de 18, pero esta situación no se da en el caso de los menores de 14 años. Al respecto, el presidente de la Red Peruana contra la Pornografía Infantil Dimitri Senmache Artola señala sobre el posible perfil de la víctima que «[...] la pareja sentimental es la principal fuente de explotación, aunque en la mayoría de veces esta se da en forma encubierta» (2007).

Es claro, entonces, que en contextos de cotidianidad el ingreso de la víctima al mundo de la explotación sexual lo promueven las personas de su confianza, como pueden ser los padres, los parientes, los amigos o las parejas sentimentales de todos los mencionados. Al respecto, el profesor Duran explica lo siguiente:

Por tanto, hay algo claro y concluyente: Los agresores sexuales infantiles por lo general se hallan en el entorno más próximo del menor. Son parte de su familia o del círculo de amistades o personajes cercanos que socializan cotidianamente en los lugares donde el menor se encuentra. La regla es que el agresor sexual infantil es quien se halla siempre en el entorno cercano y la excepción lo constituyen los casos de agresores sexuales externos al círculo de la familia del menor (2013:59)

En efecto, en el círculo cercano a la víctima están como intermediarios, los parientes, las personas de confianza de la víctima en un contexto de cotidianidad; sin embargo, en algunos casos, esta confianza que la agraviada tiene por ejemplo, con sus padres o sus padrinos por tratarse de una relación de respeto y autoridad es usada en contra del menor cuando existe un abuso de poder de ellos evidenciado cuando entregan al menor a los explotadores sexuales. Y posteriormente, trasladan a la víctima a otro lugar geográfico para por ejemplo, prostituirla. De este modo se configuran las conductas típicas del delito de trata del artículo 153 del Código Penal (captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención).

En cambio, en un círculo externo a la víctima están como intermediarios, los no parientes, esto es, aquellos que vinculan al menor con el fenómeno pornográfico en situaciones de explotación sexual infantil. Esta relación de intermediación evidencia una posición vertical, de superioridad de los explotadores sexuales como es el caso de las organizaciones internacionales de pornografía infantil.

1.3. Pornografía infantil: definición y características. Concepto de material pornográfico

1.3.1. Definición de pornografía infantil

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 en el artículo 2, apartado c) entiende la pornografía infantil 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» (Naciones Unidas 2002).

Ahora bien, el Consejo de Europa define la pornografía infantil como «[...] todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales» (2007: artículo 20, inciso 2).²⁴

Es pertinente señalar que el Convenio de la Unión Europea sobre Ciberdelincuencia explica que la pornografía infantil comprende en su integridad el material pornográfico que muestre visualmente a:

- a. un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito;
- b. una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito

²⁴ Es necesario recordar también que en el 2003 el Consejo de la Unión Europea en el artículo 1 b) de la Decisión Marco 2004/68/JAI describió la pornografía infantil de la como «[...] cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i), o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)».

- c. imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito. (Consejo de Europa 2001: artículo 9, apartado 2).

Observamos que estos instrumentos internacionales comparten ciertos elementos esenciales comunes y tienen algunas diferencias para definir la pornografía infantil. En efecto, tanto 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 y el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual coinciden en señalar que el núcleo esencial del elemento objetivo de la pornografía infantil son las imágenes de las partes genitales o de las actividades sexuales del menor que de forma explícita, real o simulada se representan en cualquier material. Ahora bien, desde el punto de vista subjetivo, estas herramientas internacionales comparten una finalidad subjetiva que se desprende del elemento objetivo —las imágenes de los genitales o de las actividades sexuales del menor que de forma explícita, real o simulada se representan en cualquier material— y que no abarca la sola desnudez o semidesnudez del menor,²⁵ sino que se trata del propósito de lograr algún tipo de placer en el adulto.

Sin embargo, el Convenio de la Unión Europea sobre Ciberdelincuencia y la Decisión Marco 2004/68/JAI comparten desde el punto de vista objetivo la variedad de supuestos de pornografía infantil como son los casos de pornografía simulada, pero en estos dos últimos instrumentos no se deduce explícitamente una finalidad subjetiva.

²⁵ Podemos apreciar una semidesnudez de los menores de edad en el caso de los comerciales de pañales que circulan por televisión e internet y en los que aparecen recién nacidos y bebés que no muestran sus genitales. En efecto, en la publicidad de Freedom Babysec Premium que aparece en Youtube se aprecia a un niño semidesnudo que juega con su pañal. No se muestran explícitamente ni de modo grosero los genitales del menor. En los casos de comerciales de pañales para bebés, no consideramos que la semidesnudez de los infantes evidencie conductas de pornografía infantil.

En consecuencia, de acuerdo con los dos primeros instrumentos no será una conducta del delito de pornografía infantil cuando, por ejemplo, las madres les toman fotografías a sus hijos mientras los bañan o los cambian, pero se debe precisar que las fotografías pueden tener un uso posterior que podría configurarse dentro de alguna de las conductas típicas del artículo 183-A del Código Penal. Entre estas están la fabricación, la distribución, la exhibición, el ofrecimiento, la comercialización, la publicación, la importación, la exportación y la difusión.²⁶

Sobre la base de lo explicado, es evidente que no será suficiente la conducta objetiva, sino que además debe existir un ánimo subjetivo que se define como libidinoso en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cadiz, recurso 47/2002.²⁷ En efecto, la finalidad subjetiva de la pornografía es provocar la excitación sexual de los adultos, aunque no necesariamente la cause, cuando, por ejemplo, en el caso de la filmación de los glúteos de un niño se muestra un semidesnudo que no se orienta necesariamente a conseguir algún tipo de placer del adulto, pero se deduce que tiene esa finalidad.

El profesor Boldova aclara esto cuando puntualiza lo siguiente sobre la conducta sexual explícita:

²⁶ Sobre esta situación particular, la sentencia del Tribunal Supremo Español-SALA SEGUNDA DE LO PENAL 1342/2003, del 20 de octubre de 2003, en el fundamento 3 indicaba que «[...] La imagen de un desnudo —sea menor o adulto, varón o mujer— no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías puedan posteriormente hacerse».

²⁷ La sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5, recurso 47/2002, fundamento 2, 14 de enero de 2003 precisa lo siguiente: «En relación con el delito de corrupción de menores es claro que el tipo penal señala como conducta punible el utilizar a un menor de edad con fines exhibicionistas o pornográficos y no cabe duda que las fotografías descritas por el Juzgador de instancia y examinadas de nuevo por esta Sala lejos de revestir carácter neutro o inocente reflejan el ánimo libidinoso que guiaba a su autor y colman las exigencias del tipo: las posturas nada inocentes en las que las menores aparecen [...], las poses, el área de su cuerpo reflejada en la fotografía así como la intencionalidad que por la simple observación de estas se detecta por cualquier persona [...]».

Por una parte, una conducta sexual explícita puede concretarse en acciones que impliquen la realización de prácticas sexuales (coito, masturbación, exhibicionismo, etc.), pero no pueden recibir tal consideración ni por tanto tampoco servir de base al material pornográfico los meros desnudos que carezcan de una connotación sexual, esto es, que no impliquen una provocación sexual, por mucho que para determinados sujetos (como sucede en el fetichismo) produzca esa consecuencia que en la generalidad de las personas está ausente. De otro modo se llegaría al absurdo de considerar material pornográfico las fotografías o filmaciones que con ocasión del baño de un bebé o de un niño de corta edad o en escena similar se pueden llegar a realizar en el ámbito familiar sin otro objetivo que el de servir al mero recuerdo, solo porque subjetivamente un pedófilo pudiera verlas como pornografía o con esa significación. (2008: 31)²⁸

Ahora bien, a diferencia de los esfuerzos anteriores, existe otra perspectiva de enfoque de la pornografía infantil que tiene en cuenta diversos factores contextuales que le dan sentido o permiten afirmar si estamos o no ante material pornográfico infantil, tal como lo sostiene el doctor Fermín Morales: «La definición de pornografía infantil es compleja, por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, de creencias de tipo moral, de pautas de comportamiento sexual, así como de ideas religiosas imperantes en cada comunidad» (2001).

Entenderemos que la pornografía infantil se puede interpretar a nivel cultural en la medida que evolucionen las creencias, la moral, las convicciones religiosas de cada sociedad. De manera que esta interpretación cultural sobre los comportamientos delictivos de pornografía infantil, a efecto de no caer en un subjetivismo peligroso, los debe efectuar el juez con un criterio objetivo

²⁸ Al respecto, el doctor Morillas define una de las dos modalidades objetivas referida a la reproducción de la imagen en actividad sexual del menor (es decir, no comprende la simulada); sin embargo, no registra la imagen de los genitales del menor vinculada al elemento subjetivo: «[...] referente a toda aquella representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas: esto es, en donde aparezca contacto sexual (incluyendo el genital-genital, oral-genital, anal-genital u oral-anal entre menores o un adulto y un menor), brutalidad, masturbación, desarrollo de conductas sádicas o masoquistas o exhibición lasciva de los genitales o el área púbica de un infante» (2005: 240).

imparcial que prime sobre sus propias convicciones subjetivas personales. Es decir, un criterio que compartan ampliamente los ciudadanos.

En todo caso, desde una funcionalidad penal, combinaremos las dos dimensiones objetiva y subjetiva que señala 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 para proponer un concepto interpretativo de pornografía infantil. Este comprende cualquier material visual que muestre las imágenes de las actividades sexuales explícitas del infante o adolescente o exponga las imágenes de los genitales del menor real con fines sexuales.

En nuestro concepto, la pornografía infantil comprende las actividades sexuales explícitas, esto es, las prácticas sexuales tal como ocurren en el presente, porque son actuales, no se presuponen. Siendo así, ellas deben interpretarse como verdaderas, evidentes, es decir, son opuestas a las artificiales entendidas como virtuales, ocultas, secretas.

En definitiva, nosotros propondremos una definición de pornografía infantil que considera que en esta hay tanto una dimensión objetiva como subjetiva. La primera dimensión, la objetiva, abarca cualquier material visual en la que se muestren las imágenes de las relaciones sexuales explícitas del infante o adolescente y en las que se exponga las imágenes de los genitales del menor real. En cambio, la segunda dimensión, la subjetiva, comprende el propósito sexual de las situaciones descritas anteriormente. Por eso, debe resaltarse la idoneidad del soporte pornográfico que de modo implícito o explícito puede colaborar para el placer sexual en los consumidores que son la demanda del mercado del sexo.

1.3.2. Características y tipos de la pornografía infantil

El doctor Morillas señala que la pornografía infantil se define como «toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas» (2005: 67). Respetamos este criterio, pero para efectos de nuestra investigación comprenderemos que la pornografía tiene dos comportamientos objetivos: cuando se muestran las relaciones sexuales explícitas del infante o adolescente y en las que se exponga las imágenes de los genitales del menor real con fines sexuales. En consecuencia, de este concepto extraemos las siguientes características:

Con relación a la representación visual, el doctor Canovas explica que «La pornografía infantil [es] visual y directa, es decir, la que mediante revistas y vídeos ofrece imágenes de menores realizando distintas prácticas sexuales [...]» (1996: 41). Las fotografías, el video o DVD forman parte de esta representación visual como lo explica el propio Morillas (2005:67-68). Las primeras pueden venderlas las revistas pornográficas en los quioscos de periódicos; también puede existir intercambio de fotografías de pornografía infantil a través del correo electrónico (Morillas 2005: 67). Con relación a la segunda, el video o el DVD pueden comprarse en locales comerciales, así como también en internet (Morillas 2005: 68).²⁹

²⁹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar incluye el audio como medio utilizado por la pornografía infantil en internet: «En este tipo de pornografía se incluyen los messengers, audio-chats, y vídeo-chats, entre otros, con sonidos que sugieren actividad sexual que involucra a niños, niñas o adolescentes, o personas con voz o imágenes de niños o niñas» (2004: 32).

Respecto a esta acción, no consideramos que sea un supuesto de práctica penal que sea relevante.

El profesor Morillas no acepta que las conversaciones telefónicas sean pornografía: «Suele reseñarse también la telefonía como medio de difusión de pornografía infantil en tanto el menor mantiene conversaciones telefónicas de marcado carácter sexual. Sin embargo, en mi opinión semejante afirmación debe rechazarse pues no existe ni representación visual ni conducta sexual explícita como elementos caracterizadores de esta tipología delictiva debiendo calificarse tales contactos o comunicaciones como “corrupción de menores” [...],

Por otro lado, el doctor Morillas explica la representación real cuando sostiene que «[...] la naturaleza de las imágenes proyectadas o divulgadas debe ser verdadera [...]» (2005: 68). En este punto cabe mencionar que pueden distinguirse varios grupos de pornografía infantil. Siguiendo al propio doctor Morillas, se clasificarían en pornografía infantil expresa y pornografía infantil simulada. Esta última comprende a su vez la pornografía técnica y la pornografía infantil artificial. La pseudopornografía forma parte también de esta ordenación (2005: 68-70).

Ahora bien, es importante resaltar que para efectos penales es importante el hecho de que el menor real participe en actividades sexuales explícitas o exhiba sus genitales como en el caso de la pornografía infantil expresa que consiste en: «[...] aquella conducta sexual explícita desarrollada o en la que participa directamente un menor de edad o incapaz quedando sujeto a filmación o exhibición. Piénsese en el infante que participa en un espectáculo pornográfico masturbando a un tercero» (Morillas 2005: 68).

Por otro lado, la pornografía infantil simulada abarca lo explicado anteriormente, pero no se está frente a un menor de edad real (Morillas 2005: 68-69). En el caso de la pornografía técnica, no estamos frente a un menor verdadero, porque como lo sostiene la doctora Cruz: «[...] el proceso de producción altera la imagen de personas adultas que participan en actos con contenido sexual para que parezcan personas menores de edad» (2006: 32).

En el caso de la pornografía infantil artificial, tampoco estaremos frente a un menor de edad real porque, como lo explica la doctora Cruz, la «“pornografía infantil” virtual o artificial [...] consiste en la creación de contenidos sexuales

pues se le hace participar en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudica la evolución o desarrollo de su personalidad» (2005: 68).

con imágenes no reales (dibujos, animaciones, infografías, entre otros). En este caso no existen las personas ni las situaciones reproducidas [...]» (Cruz 2006: 32).

En el caso de la pseudopornografía, menos aún estamos frente a un menor de edad real porque, como lo sostiene la doctora Cruz, es la «[...] realización de montajes de fotos o imágenes de video que contienen personas menores de edad con otras fotos o imágenes con escenas sexuales. Por ejemplo, colocar la cara de una adolescente sobre la imagen de una mujer adulta que participa en actos con contenido sexual [...]» (2006: 31-32).

En consecuencia, debe quedar claro que para efectos penales solamente se comprende la pornografía que represente situaciones reales o explícitas, quedando excluida la pseudopornografía, pero para otros efectos existen las otras prohibiciones administrativas, civiles.

1.3.3. Concepto de material pornográfico

Por material pornográfico entendemos todo aquel soporte material que puede ser informático, fílmico o documental que registra las imágenes de las actividades sexuales explícitas de infante o adolescente o las imágenes de las partes genitales de un menor con fines sexuales.³⁰ En estrecha relación con lo señalado, el doctor Morillas menciona la variedad de materiales pornográficos:

[...] la acepción «material pornográfico» equivaldría a todo soporte, independientemente de su naturaleza que contenga o manifieste una conducta pornográfica; verbigracia libros, revistas, fotografías, pinturas, videos, películas, DVD, CD's, disquetes de 3" ½, disco duro de ordenador [...] en mi opinión, sí puede calificarse como pornográfico un mero desnudo o semi-desnudo de un menor o incapaz si, de acuerdo con el criterio de la conducta sexual explícita,

³⁰ Conforme al criterio de la doctora Marie-Laure Lemineur, «Las palabras "medios" y "soporte" hacen referencia al tipo de soporte en el que el material cuestionado es o ha sido reproducido» (2006: 23).

exhibe los genitales de manera lasciva; esto es, aquella manifestación de las partes íntimas del infante orientada al disfrute o placer sexual físico de un adulto. (2005: 248-249)³¹

De todo lo explicado, es importante resaltar que el artículo 183-A del Código Penal considera soportes sobre los cuales recae el material pornográfico a los objetos, los libros, los escritos, las imágenes, los videos o los audios. Entonces, lo aparentemente errado es afirmar que el soporte es la imagen, porque debe quedar claro que el soporte es distinto de la imagen.

En estrecha relación con lo explicado, el doctor Peña Cabrera sostiene que: «[...] una imagen de por sí, enrostra la visualización de un objeto, de manera que la llamada «imagen visual» era una redundancia innecesaria; en el caso de la «imagen auditiva», ésta a su vez siempre ha de ser «visual», por lo que esta última no podía excluirla» (2014: 633)³². En efecto, no compartimos la expresión de «imagen auditiva», esta contiene una contradicción. En cambio, la «imagen visual» es una redundancia.

Asimismo, es importante destacar el criterio del doctor Peña Cabrera cuando sostiene el criterio de la idoneidad de las imágenes del material pornográfico y la aptitud dañosa de este mediante su divulgación en el mercado del sexo para determinar el contenido material del delito de pornografía infantil:

[...] El material pornográfico, debe ser identificado con la crudeza o brutalidad de una escena en cual se utiliza al menor como un vehículo de provocación al instinto sexual de los demás. Debe enfatizarse que el material pornográfico, por cualquiera de los medios comprendidos en el tipo penal, deben poseer aptitud lesiva, es decir, la comercialización, venta, posesión, importación, exportación,

³¹ Si bien el profesor Morillas explica lo anterior, no menciona el elemento subjetivo que se deduce de lo explícitas o intensas que puedan ser las imágenes.

³² En efecto, el artículo 183-A del Código Penal señala: «El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios [...]». El artículo 183-A del Código Penal fue modificado por la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, del 22 de octubre de 2013.

producción, tengan como destino el mercado de consumidores, con la posibilidad de llegar a un número indeterminado de receptores, pues precisamente la idoneidad de que las imágenes sean divulgadas determinan el contenido material del injusto. (Queralt, citado por Peña Cabrera 2007: 417-418).³³

En consecuencia, en razón de lo que venimos explicando, apreciamos que el material pornográfico debe representar situaciones reales o explícitas, y no aparentes. Por ello, todos los soportes anteriormente mencionados deben contener manifestaciones de pornografía infantil visual y real. Esto es, debemos exceptuar los casos de la pornografía infantil simulada (que comprende la pornografía técnica y la pornografía infantil artificial) porque el menor de edad que es explotado sexualmente no participa concreta ni realmente en la elaboración del material pornográfico.³⁴ Este supuesto puede ser materia de una prohibición administrativa.

1.4. Diferencias entre la pornografía, la pedofilia y la pederastia

Antes de tratar el tipo de injusto de pornografía infantil, consideramos que es importante diferenciar en esta sección los conceptos de pornografía, pedofilia y pederastia, los cuales tienden a confundirse y en muchos casos se les trata como

³³ En este sentido, el profesor Valencia precisa que «el material pornográfico debe ostentar características de idoneidad capaces de producir daño o lesión en el desarrollo de la conducta sexual del individuo ofendido» (2004: 355).

El doctor Bramont-Arias sostiene que el artículo 183-A del Código Penal se refiere a la pornografía dura entendida como las «[...] representaciones sexuales donde se emplee violencia o se utilice a menores de edad, siendo esta a la que hace referencia el dispositivo materia de comentario» (2001: 64, tomo 91).

En tal entendido, los materiales de pornografía dura con escenas sexuales de menores de edad en situaciones de violencia, crudeza o brutalidad debe tener una aptitud lesiva para divulgarse en el mercado sexual mediante la comercialización, la venta, la posesión, la importación, la exportación, la producción.

³⁴ Seguimos en este sentido la posición del doctor Tamarit que indica que «[...] Serán hechos típicos de utilización de menores o incapaces aquellos en que se capten imágenes para elaborar vídeos, cintas o reportajes en cualquier clase de soporte. Los casos de manipulación de imágenes pueden resultar punibles por esta vía siempre que las mismas correspondan a menores reales [...] Sin embargo, siguen quedando excluidas de toda relevancia penal las conductas de pornografía técnica o virtual en que el material utilizado corresponda exclusivamente a personas mayores de edad a las que mediante una alteración de sus facciones o de otros aspectos se les da una apariencia infantil» (2002: 109) (Las cursivas son nuestras).

sinónimos. En primer lugar, es necesario señalar que la pornografía infantil puede definirse como la representación de las partes íntimas del menor de edad con fines sexuales, o como las actividades sexuales en forma explícita del infante o del adolescente.

Por su parte, la pedofilia es un concepto médico que implica un trastorno sexual de una persona que tiene fantasías o lleva a cabo conductas sexuales con niños (la edad de la víctima por lo general es de 13 o menos años de edad). Al respecto, citaremos la interpretación que hace el doctor Morillas sobre los pedófilos:

La pedofilia [...] es definida por el DSM-IV como la realización de actividades sexuales con niños prepúberes (generalmente de trece o menos años de edad) debiendo alcanzar el sujeto activo dieciséis años o más y ostentar cinco por encima del menor. Estos individuos se sienten atraídos sexualmente por menores de edad y un sexo particular. El tipo de conductas desarrolladas básicamente responde a una doble naturaleza:

- a) Acciones en las que no existe contacto sexual con el menor, verbigracia desnudarlos, observarlos, exponerse frente a ellos, masturbarse en su presencia o acariciarlos y tocarlos.
- b) Conductas de índole pornográfico tales como la realización de felaciones o cunnilingus; penetración vaginal, anal o bucal; utilización de objetos.

De conformidad con esta conceptualización el término pedófilo no debe circunscribirse únicamente a los supuestos orientados a la obtención de pornografía sino también a otras acciones o actividades tendentes al abuso sexual de menores de edad [...] o su introducción en redes de prostitución. (2005: 194-195).³⁵

³⁵ «El DSM-IV incluye a la pedofilia como manifestación de una parafilia que, a su vez, se engloba como un trastorno sexual y de la identidad sexual» (Morillas 2005: 193). El DSM-IV es el *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales* (1995) (edición electrónica).

Con relación a los criterios del DSM- IV para el diagnóstico de la pedofilia, se debe tener en cuenta que lo presentan personas de 16 años a más; incluso se afirma que por lo menos el individuo es 5 años mayor que la víctima. El pedófilo tiene un trastorno sexual porque tiene fantasías o conductas sexuales con niños (la edad por lo general es de 13 años o menos años de edad). Estos sujetos pueden desnudar a los niños, masturbarse frente a ellos o efectuar felaciones, cunnilingus e incluso hasta violar a los menores de edad (López-Ibor 2002: 639).

Resulta importante resaltar el excesivo detalle del DSM-IV con relación a las características de la definición de pedofilia en las edades de la víctima y el agresor. De modo que una conducta puede incurrir en el delito de pornografía infantil y no definirse como pedófila. Por

Es necesario un estudio médico con propósitos legales para evaluar si una persona es pedófila o no, si adolece algún tipo de trastorno sexual y de la identidad sexual a efectos de determinar su imputabilidad, esto es, su capacidad para conocer lo injusto de su actuar y autodeterminarse de acuerdo con ese conocimiento. Al respecto, el doctor Tamarit explica lo esencial para decidir si el pedófilo es imputable o no:

Debe en todo caso tenerse bien en cuenta que el paso decisivo radica no en la hipotética consideración como anomalía o alteración mental de este u otros trastornos de la conducta sexual o de la personalidad, que al ser definidos como tales por la psiquiatría no ofrecerían por esta vía ya problema alguno, sino en la valoración sobre si quienes padecen semejante anomalía pueden cometer a causa de la misma un hecho delictivo con incapacidad para comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme esta comprensión. [...] *La complejidad de la cuestión obliga a retomar algunos de los datos aportados [...] como por ejemplo, el de las teorías que establecen algún tipo de vinculación entre la decisión de ejercer la pedofilia y la gravedad del trastorno, lo cual llevaría, si no a dudar de la existencia de un momento de libertad, al menos a sospechar que la referida decisión no se produce en las mismas condiciones en todos los sujetos.* (2002: 126) (Las cursivas son nuestras)

ejemplo, un sujeto activo de 16 años podrá incurrir en conductas delictivas de actos contra el pudor y violación de un menor de 9 años, pero no será pedófilo por el limitado criterio del margen de edad entre ambos sujetos.

Los criterios del DSM-IV respecto del diagnóstico del trastorno de pedofilia se mantienen con ciertas precisiones en el DSM-V (Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, publicado originalmente en inglés el 18 de mayo del 2013). A continuación lo citamos: «A. Durante un período de al menos seis meses, excitación sexual intensa y recurrente derivada de fantasías, deseos sexuales irrefrenables o comportamientos que implican la actividad sexual con uno o más niños prepúberes (generalmente menores de 13 años). B. El individuo ha cumplido estos deseos sexuales irrefrenables, o los deseos irrefrenables o fantasías sexuales causan malestar importante o problemas interpersonales. C. El individuo tiene como mínimo 16 años y es al menos cinco años mayor que el niño/niños del Criterio A. **Nota:** No incluir a un individuo al final de la adolescencia que mantiene una relación sexual continua con otro individuo de 12 o 13 años. *Especificar si:* **Tipo exclusivo** (atracción exclusiva por los niños) **Tipo no exclusivo** *Especificar si:* **Atracción sexual por el sexo masculino** **Atracción sexual por el sexo femenino** **Atracción sexual por ambos sexos** *Especificar si:* **Limitado al incesto**». (Asociación Americana de Psiquiatría 2014: 377).

Es importante resaltar los rasgos (generales de interés criminológico) existentes en la pedofilia y que describe el doctor Tamarit:

- El pedófilo manifiesta una necesidad de tener contactos sexuales con cierta frecuencia y una gran capacidad de actuar simultáneamente o sucesivamente sobre un número considerable de víctimas
- El individuo tiende a disponer y hacer uso de fotografías y filmaciones de imágenes de niños. Entre esta clase de material destaca el de carácter pornográfico, utilizado como estrategia de justificación de su desviación, como arma de seducción para conseguir convencer a los menores de la normalidad de las relaciones que pretende, o incluso como medio para amenazar a los menores a fin de evitar la delación [...]
- Hay una tendencia a mantener contactos entre pedófilos, para intercambio de material, lo cual explica la proliferación de la difusión de pornografía infantil a través de Internet. (2002: 24)

En este punto es sustancial además mencionar que, la jurisprudencia española califica las circunstancias en la cuales el pedófilo es imputable o no, como lo argumenta el doctor De la Rosa:

La jurisprudencia viene considerando que la pedofilia afecta a la dirección del instinto sexual *per se* y no supone la ausencia de los mecanismos de dirección de la conducta ni de los correspondientes frenos inhibitorios. Por sí sola, tal inclinación no determina ni exención ni atenuación alguna; para ello debe ir acreditadamente acompañada de trastornos psíquicos relevantes, como el alcoholismo, la toxicomanía o una neurosis depresiva, entre otros (SSTS n° 1433/2000, de 25 de septiembre; 285/2003, de 28 de febrero y 696/2008, de 29 de octubre)(2011:202)

Siendo así, el pedófilo es imputable en la medida que es consciente de sus actos, distingue con claridad el bien del mal y no sufre alteraciones mentales de percepción de la realidad.

De acuerdo con lo que venimos sosteniendo, la pornografía infantil es una construcción normativa y dogmática contenida en el artículo 183-A del Código Penal y en otros instrumentos internacionales de los derechos de los menores,

que se refieren centralmente al comportamiento del sujeto; mientras que la pedofilia es un concepto médico que se encuentra contenido en el DSM-IV-TR y en el DSM-5, ambos son los *Manuales de diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*.

Entonces, es evidente que entre el pedófilo y el menor de edad pueden darse tres niveles de conductas sexuales con relevancia penal: en primer lugar, los tocamientos indebidos sin mayores actuaciones posteriores o concomitantes con lo cual estaremos frente al delito de actos contra el pudor del menor de edad (artículo 176-A del Código Penal). En segundo lugar, la consumación de la relación sexual entre el pedófilo y el menor de 14 años generará un delito de violación sexual en agravio del niño, pero en el caso del adolescente de 14 y menor de 18 años las relaciones sexuales serán conductas delictivas si son impuestas en un contexto de cosificación, violencia, agresión o abuso sexual, como de aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad del menor como la que ejercen, por ejemplo, los negocios ilícitos de las redes profesionales o las organizaciones internacionales de pornografía infantil. En estos casos puede tratarse de un delito de trata (artículo 153 del Código Penal) si los menores son explotados con fines sexuales.³⁶

³⁶ Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que los procesados o condenados por las situaciones de violencia, agresión o abuso sexual no obtienen su excarcelación. Al respecto, interpretamos que los contextos verticales semejantes de aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima de 14 a menos de 18 años parecen ser recogidos en el fundamento 114 de la sentencia cuando se indica que «[...] el Tribunal Constitucional declara que la presente sentencia no implica la inmediata excarcelación de aquellos procesados o condenados con base en el inconstitucional artículo 173°, inciso 3), del Código Penal, modificado por la Ley N° 28704, en los casos de violencia, agresión o abuso sexual contra menores de 14 años a menos de 18 (en los que no se acredita el consentimiento de dichos menores)» (Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N.º 28704 que modifica el artículo 173°, inciso 3°, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad, Expediente N° 00008-2012-PI/TC, fundamento 114, 7 de enero de 2013).

Finalmente, en tercer lugar, si el pedófilo registra las imágenes de los genitales del menor o de las actividades sexuales explícitas del infante o adolescente en un determinado soporte pornográfico, se tratará de un delito de fabricación de pornografía infantil (artículo 183-A del Código Penal).

Incluso el pedófilo puede poseer el material pornográfico con fines de comercialización, distribución o difusión. Al respecto, la doctora De la Fuente precisa que la pedofilia se relaciona con la fabricación, la difusión, la posesión:

Sin duda, la pornografía infantil se encuentra íntimamente ligada a esta parafilia [la pedofilia], tanto a nivel de producción, difusión como de posesión, pues es un medio a través del cual los pedófilos pueden: obtener que un menor acepte participar en alguna conducta sexual [...] sentir placer al observar estas imágenes, más aún cuando son ellos mismos los que las graban, obtener dinero al vender sus propios videos, establecer lazos con otros pedófilos al intercambiar material pornográfico infantil... etc. (2008: 84)

Por otro lado, las relaciones sexuales mantenidas entre un adulto y un menor varones se definen como pederastia. Desde el punto de vista del doctor Cánovas, una relación de este tipo se consideraría una «práctica homosexual entre un hombre y un niño» (1996: 144). Quijada señala estas conductas homosexuales cuando sostiene que «La pederastia es la Paidofilia erótica, debido a que esta se practica fundamentalmente mediante coito anal. Viene a

El artículo 153 del Código Penal referido a la trata de personas señala: «El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerza la prostitución, someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años.

La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior» (Decreto Legislativo 635, Código Penal).

ser sinónimo de homosexualidad masculina, ya sea activa o pasiva» (Quijada, citado por Vega s. a.).

En consecuencia, apreciamos que las relaciones entre la pederastia y la pornografía infantil pueden darse en dos niveles. Por la primera se comprende solo una relación sexual entre un adulto varón y un menor varón de 14 años, lo que constituiría un delito de violación de menor. Asimismo, la relación sexual será delictiva si es impuesta entre un adolescente varón (de 14 años de edad y menor de 18) y un adulto varón en un contexto de cosificación, violencia, agresión o abuso sexual, aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad del menor. En estos casos puede tratarse de un delito de trata si los menores son explotados con fines sexuales. Apreciamos que en el caso de las dos víctimas, infante y adolescente, son actos concretos referidos a la homosexualidad masculina.

Por la segunda, si las prácticas homosexuales mencionadas se realizan con menores y también se registran en algún soporte, constituiría además un delito de fabricación de pornografía infantil.

Incluso el pederasta puede poseer el material pornográfico con fines de comercialización, distribución o difusión.

En definitiva, la pornografía infantil comprende la representación de las imágenes de las relaciones sexuales explícitas del infante o adolescente y en las que se exponga las imágenes de los genitales del menor real con fines sexuales, que va más allá del acto pedófilo o pederasta (entre ellos la fabricación, comercialización, posesión, distribución y difusión).

1.5. Los bienes jurídicos protegidos en los delitos de pornografía infantil

Es necesario considerar en esta investigación que los tipos delictivos del artículo 183-A del Código Penal no tienen como único bien jurídico protegido a la indemnidad sexual como sostienen los tratadistas nacionales,³⁷ porque analizándolos en su totalidad, como más adelante lo haremos, comprenderemos que las conductas lesivas dolosas de posesión, promoción, distribución, exhibición, ofrecimiento, comercialización, publicación, importación o exportación por cualquier medio (objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios), así como la difusión del material pornográfico, se generan con posterioridad a la fabricación de pornografía infantil, esto es, con posterioridad a la utilización directa de los menores. En otras palabras, los comportamientos antes descritos se evidencian cuando ya se produjo la consumación a la lesión al bien jurídico indemnidad sexual (en caso de que la víctima sea menor de 14 años, o se trate de los actos contra el pudor en menores de 14 años del artículo 176-A del Código Penal, o también se trate de la violación sexual de menor de 14 años del artículo 173 del Código Penal) o la afectación al bien jurídico libertad sexual (en caso de que la víctima adolescente tenga 14 años y sea menor de 18 o se trate de la violación sexual cuando el agraviado tenga 14 años de edad o de una persona de menos de 18 años del artículo 170 del Código Penal o también se trate de los actos contra el pudor cuando la víctima tenga 14 años y sea menor de 18 años del artículo 176 del Código Penal) tal como lo explicaremos en los puntos 1.5.1 y 1.5.2, respectivamente.

³⁷ A nivel nacional, cierto sector de la doctrina sostiene que el interés superior del niño es el bien jurídico protegido del delito de pornografía infantil como lo propone la doctora Guzmán cuando señala: «El bien jurídico protegido: Es el Interés superior del niño, entendido como el derecho a desarrollarse íntegramente dentro del seno de una familia, en un ambiente de felicidad, comprensión, amor y dentro de un Estado justo y sin discriminaciones y en paz. Además el “bienestar psíquico”, encaminado al adecuado proceso de formación sexual y de socialización de los menores e incapaces» (2006: 36). La autora cita su definición en la Convención sobre los Derechos del Niño. En cambio, otro sector nacional sostiene que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual como lo defienden los doctores Salinas y Peña Cabrera.

Ahora bien, debemos tener presente que en la producción de pornografía infantil se castiga de modo singular la utilización concreta y directa de los menores de edad. Este hecho nos exige diferenciar los bienes jurídicos protegidos para el delito de fabricación de pornografía infantil (que son la indemnidad sexual y la libertad sexual) del resto de modalidades típicas del artículo 183-A del Código Penal.

En efecto, debemos explicar que la protección penal del resto de las modalidades típicas del artículo 183-A del Código Penal que no implican fabricación no suponen una incidencia directa en los menores, sino en los materiales pornográficos que son el objeto del delito contenido en el artículo 183-A del Código Penal.³⁸

Además, es esencial señalar que la dignidad del menor es un principio transversal a todos los tipos lesivos del artículo 183-A del Código Penal, ello en la medida que se trata de un tipo penal que se orienta a proteger al menor frente a las prácticas de explotación sexual de los menores de edad.³⁹ Efectivamente, las

³⁸ Para los tratadistas chilenos Molina y De la Fuente, la intimidad del menor es el bien jurídico protegido frente a la difusión de pornografía infantil. En efecto, la doctora De la Fuente sostiene: «A nuestro juicio, tanto la comercialización como la importación, exportación, distribución, difusión y exhibición de material pornográfico infantil podrían importar una violación a aquel ámbito de actuación que toda persona aspira mantener en lo más íntimo de su ser, por esta razón creemos que, en virtud de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, la intimidad sexual podría constituir el valor a tutelar en esta figura» (2008: 148).

³⁹ La dignidad es afectada cuando hay procesos de despersonalización como lo sostienen la profesora Pérez y el profesor Quintero: «[...] En efecto, la dignidad humana se ve afectada en el momento en que se ponen en marcha procesos de despersonalización, esto es, cuando la persona es tratada no como tal sino como puro objeto o cosa [...]» (2006: 173).

El doctor Yvan Montoya explica el concepto de la dignidad de la persona en el contexto de la sexualidad cuando precisa: «Entendemos por dignidad sexual al principio o derecho de todo ser humano (mayor o menor de edad) a no ser instrumentalizado por otro, a no ser tratado como objeto de cambio o mercancía sexual» (2012: 64).

No compartimos el criterio del doctor Peña Cabrera, quien sostiene que la indemnidad sexual es el único bien jurídico protegido en los delitos de pornografía infantil, pero sí resaltamos lo que explica respecto que la indemnidad está relacionada con la dignidad: «[...] debe definirse el bien jurídico desde una perspectiva material, la indemnidad sexual, en

diversas modalidades típicas de la pornografía infantil contenidas en el artículo 183-A del Código Penal (la fabricación, la comercialización, entre otros) prohíben las conductas delictivas de terceros que suponen necesariamente formas de instrumentalizar a un menor o la imagen del menor como objeto que satisface los intereses sexuales y económicos de los adultos, aprovechándose de que la víctima se encuentra en un estado inherente de vulnerabilidad y no puede oponerse o contradecir al poder de los agresores sexuales en virtud de encontrarse en un proceso de desarrollo físico, psicológico y sexual.

TABLA 1. Los bienes jurídicos protegidos

Edad Delitos	0-14 edad	14-18 edad	18-X
Fabricación	Indemnidad sexual	Libertad sexual	Libertad sexual
Posesión Promoción Distribución Exhibición Ofrecimiento Comercialización Publicación Importación Exportación Difusión	Intimidad del menor	Intimidad del menor	Intimidad del menor
Realiza espectáculo en vivo de carácter pornográfico	Indemnidad sexual	Libertad sexual	Libertad sexual

cuanto la integridad sexual del menor, el libre desarrollo de su personalidad de mayor relieve su dignidad, de acuerdo a su posición en el sistema social; [...] en cualquier caso, la protección de la dignidad humana, su manifestación al libre desarrollo de la personalidad, han de verse respaldados, son sólo por la vertiente positiva de reconocimiento y aceptación sino también por el aspecto negativo de la limitación a las intromisiones ilegítimas ajenas, a los comportamientos no consentidos, afirma RODRÍGUEZ PADRÓN» (Rodríguez, citado por Peña Cabrera 2007: 413).

El vínculo entre la indemnidad sexual y la dignidad también es aclarado por el doctor Arce cuando señala que «La indemnidad sexual creemos debe entenderse como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho de todo ser humano que tiene, en este caso el menor, a un libre desarrollo de su personalidad sin intervenciones traumáticas e [y] una esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida» (2010: 90).

1.5.1. La indemnidad sexual como bien jurídico protegido en el delito de fabricación de pornografía infantil

El ejercicio de la capacidad sexual de los adultos está protegido por el bien jurídico libertad sexual, como más adelante lo explicaremos. En cambio, la indemnidad sexual protege las condiciones biológicas, psicológicas para un normal desarrollo sexual en los infantes y adolescentes.⁴⁰ Desde esta perspectiva, el doctor García afirma que la indemnidad sexual es:

[...] la protección del libre y normal desarrollo sexual del menor ante todo ataque, o la salvaguarda de la integridad física y psíquica del menor ante los ataques que puedan ser perjudiciales para su normal desarrollo sexual. De allí que el menor tenga el derecho de estar exento o libre de cualquier daño de orden sexual, el que se presenta con carácter de indisponibilidad o irrenunciabilidad, precisamente porque su consentimiento no es válido. (2004: 28).⁴¹

Es evidente que la protección penal es absoluta para los niños menores de 14 años de todos los ataques que perjudiquen su normal desarrollo sexual, por ello la indemnidad sexual se orienta a proteger fuertemente los momentos previos al ejercicio libre de la actividad sexual de los menores de edad para que cuando ellos tengan la edad idónea dispongan responsablemente de su sexualidad. En

⁴⁰ Como lo hemos indicado en coherencia con el Código de los Niños y Adolescentes y con las explicaciones psicológicas, entenderemos que los adolescentes son los menores de 12 a 18 años de edad. También señalamos que la adolescencia comienza con los cambios biológicos de la pubertad porque esta es la primera etapa de las tres que integran la adolescencia.

Al respecto, el profesor Durán Ponce de León sostiene que «La sexualización traumática se explica por la estimulación precoz en el área de la sexualidad que padece el niño y que interfiere en su desarrollo sexual saludable. Como consecuencia de la relación con el agresor el niño puede aprender conductas seductoras, por ejemplo, para obtener privilegios o manipular al agresor y a terceras personas. Su aprendizaje de la sexualidad es disfuncional» (2013:15)

⁴¹ En estrecha relación con este planteamiento, la profesora Lázaro sostiene que la protección de la indemnidad sexual se plantea frente a posibles traumas psicológicos que pudieran sufrir los menores. A continuación citamos el alcance de la indemnidad sexual: «[...] Mediante la protección de la indemnidad sexual se pretende impedir que la implicación precoz en conductas sexuales o la participación en las mismas en determinadas circunstancias, puedan ocasionar traumas psicológicos en los menores o alterar su adecuado proceso evolutivo y formativo de manera que, en el futuro, se pueda ver comprometido su natural y libre desenvolvimiento en el ámbito sexual» (2002: 672).

otras palabras, se trata de comportamientos que inciden en el proceso de evolución sexual del menor de 14 años.

Por ello se prohíben los tocamientos o actos libidinosos y las relaciones sexuales con menores de 14 años porque se afecta su normal desarrollo sexual.⁴² En este orden de ideas, el doctor Morillas sostiene lo que debe protegerse en el concepto de indemnidad sexual:

[...] es el correcto proceso de formación de los menores o incapaces en materia sexual con el propósito de que, una vez adultos, los primeros decidan en libertad su comportamiento sexual y, los segundos, no actúen como objetos sexuales de terceras personas, pues semejantes actos pueden causar daños traumáticos a la víctima. (2005: 168).⁴³

Este planteamiento tiene estrecho vínculo con un aspecto del fin de protección de la norma penal del artículo 183-A del Código Penal que prohíbe los actos de fabricación de pornografía infantil. En ese contexto, es claro que se dispone directamente de la víctima menor de 14 años en el delito de fabricación de pornografía infantil cuando se la utiliza para confeccionar el material pornográfico como lo sostiene el doctor Salinas:

⁴² Al respecto, el doctor Castillo sostiene: «La necesidad de proteger la indemnidad sexual o de preservar el desarrollo sexual de los menores evitando contactos o relaciones sexuales no tiene una vigencia ilimitada o un alcance general. El legislador solo debe proteger penalmente los bienes jurídicos en la medida que el portador y titular del bien no se encuentre en la capacidad cognoscitiva o valorativa de protegerlos» (2007: 323)

La Ley 28704 prohíbe que los menores entre los 14 y menos de 18 años mantengan actividad sexual. Ahora bien, no compartimos el criterio de la doctora Torres, quien sostiene que la indemnidad sexual es el bien jurídico protegido en el delito de pornografía infantil. Esta apreciación es solo parcial, pues hemos explicado que existen dos bienes jurídicos adicionales. A continuación citamos a la doctora Torres: «[...] la Pornografía Infantil es un delito tipificado en el artículo 183-A de nuestro Código Penal mediante el cual se vulnera el bien jurídico “Indemnidad Sexual del niño o adolescente”, es decir las condiciones físicas y psicológicas del menor respecto de su sexualidad» (2007).

⁴³ El doctor Salinas sostiene que la protección de la indemnidad sexual comprende a los menores de edad y a los incapaces en materia sexual. Precizando que los segundos son quienes padecen «[...] anomalías psíquicas, grave alteración de la conciencia o retardo mental [por lo que] carecen de [la] capacidad para llegar a tomar conciencia del alcance y significado de una relación sexual» (2008: 124).

El bien jurídico que se pretende proteger con los comportamientos que en conjunto se denominan *pornografía infantil*, es la *indemnidad sexual de los menores de 14 años de edad*. Asimismo la indemnidad sexual y el pudor o decencia sexual de los mayores de 14 y menores de 18 años. Aquí el interés del Estado no es proteger al menor que compra, adquiere o mira el material pornográfico como en el caso del artículo 183 [...] *sino aquí se pretende proteger a los menores que participan o intervienen en el material pornográfico. En consecuencia, el bien jurídico corresponde a los menores que son usados para confeccionar el material pornográfico.* (2008: 325) (Las cursivas son nuestras).⁴⁴

Sin embargo, no compartimos el criterio sostenido por el doctor Salinas respecto que la indemnidad sexual sea el único bien jurídico protegido para todos los delitos de pornografía infantil. En efecto, como lo venimos argumentando, existen otros bienes jurídicos diferentes de la indemnidad sexual que son la libertad sexual y la intimidad del menor, tal como lo veremos oportunamente.⁴⁵

⁴⁴ El profesor Bramont-Arias sostiene un criterio similar cuando afirma que el bien jurídico protegido en el delito de pornografía infantil «[...] es la indemnidad sexual de los menores de edad en el sentido que al ser utilizados para la elaboración de material pornográfico, se afecte su libre desarrollo sexual» (2001: 65, tomo 91).

⁴⁵ En efecto, el primer párrafo del artículo 183-A del Código Penal señala que los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 son sujetos pasivos del delito de pornografía infantil, pero también los menores de 14 años son sujetos pasivos del delito agravado de pornografía Infantil contemplado en el segundo párrafo del artículo 183-A del Código Penal. A continuación lo citamos: «El que posee, promueve, fabrica, distribuye, exhibe, ofrece, comercializa o publica, importa o exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios, o realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa

La pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de doce años y de cincuenta a trescientos sesenta y cinco días multa cuando

1. El menor tenga menos de catorce años de edad.
2. El material pornográfico se difunda a través de las tecnologías de la información o de la comunicación.

Si la víctima se encuentra en alguna de las condiciones previstas en el último párrafo del artículo 173 o si el agente actúa en calidad de integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil, la pena privativa de libertad será no menor de doce ni mayor de quince años.

De ser el caso, el agente será inhabilitado conforme a los numerales 1,2 y 4 del artículo 36» (Ley 30096, Ley de delitos informáticos).

Además, el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, fundamento 9, sostiene que el adolescente de 14 años puede consentir una relación sexual voluntaria. Así lo indica: «Por tanto, en cuanto a la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el artículo 173°, inciso 3), del

Es necesario explicar en este punto que en nuestra legislación penal nacional la indemnidad sexual se protege mediante dos tipos penales: en primer lugar, la indemnidad sexual salvaguarda *formalmente* a los menores de 14 años frente a los actos de violación sexual (artículo 173 del Código Penal). Sin embargo, hay que aclarar que en la Sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173, inciso 3, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad. Expediente 00008-2012-PI/TC, el Tribunal Constitucional peruano declara inconstitucional el artículo 173, inciso 3) del Código Penal.

En consecuencia, está expulsada del ordenamiento jurídico la norma penal que sancionaba la violación sexual de las víctimas de 14 años y menores de 18.

En segundo lugar, la indemnidad sexual preserva a los menores de 14 años de edad frente a los actos contra el pudor o actos libidinosos del artículo 176-A del Código Penal.⁴⁶

En efecto, lo que se protege en concreto es el proceso de formación de la sexualidad de los menores de 14 años alejado de las perturbaciones de terceros.

Finalmente, no es en estricto la indemnidad sexual, sino la libertad sexual, lo que se protege en el caso de que se trate de víctimas adolescentes de 14 años de edad y menores de 18, tal como lo analizaremos en el acápite siguiente.⁴⁷

Código Penal, debe ampliarse el duodécimo fundamento jurídico del Acuerdo Plenario N° 7-2007/CJ-116 a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad. Es menester, en consecuencia, dejar sin efecto dicho Acuerdo Plenario en lo relativo a la penalidad atenuada cuando el sujeto pasivo es menor de dieciséis años y mayor de catorce años».

⁴⁶ El acto contrario al pudor se entiende para el profesor Bramont-Arias como: «[...] todo tocamiento lúbrico somático que ha de recaer sobre el cuerpo del menor de catorce años con el fin de satisfacer el apetito sexual del autor del hecho; por ej., palpación, tocamientos, manoseos de las partes genitales, etc. Es indiferente si el autor alcanza o no la eyacuación o el orgasmo» (2001: 61, tomo 91).

⁴⁷ El Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116, fundamentos 7 y 8, diferencia entre la libertad sexual y la indemnidad sexual sosteniendo que «[...] es de entender como libertad sexual la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su

1.5.2. La libertad sexual como bien jurídico protegido en el delito de fabricación de pornografía infantil

Ahora bien, es importante resaltar que las otras víctimas del delito de fabricación de pornografía infantil son los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18. Estos sujetos pasivos son titulares de la libertad sexual que puede definirse como «[...] el poder de autodeterminación en función de la libertad de hacer en el campo de la sexualidad» (Mantovani, citado por Castillo 2002: 22). En este sentido, el profesor Díez sostiene que la libertad sexual tiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo:

En su aspecto positivo la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual. (Díez, citado por Salinas 2008: 21-22).⁴⁸

sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual: menores e incapaces.

[...] El análisis sistemático de estas dos últimas normas [se refiere a los artículos 176-A y 176 del Código Penal] permite concluir que los mayores de catorce años, en ejercicio de su libertad sexual, pueden consentir, sin que sea penado, que se les haga tales tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad».

El Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116 tiene fuerza vinculante según el artículo 301-A numeral 1 del Código de Procedimientos Penales. En efecto, esta norma procesal señala que «Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial» (Ley 9024).

⁴⁸ Este criterio es compartido por los doctores Caro y San Martín, quienes aclaran que la libertad sexual comprende los sentidos positivo-dinámico y negativo-pasivo. A continuación lo explican: «[...] El aspecto positivo-dinámico se concreta en la capacidad de la persona de disponer libremente de su cuerpo para efectos sexuales, el cariz negativo-pasivo en la capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir» (2000: 67-68).

En el derecho penal español se protege la libertad sexual porque debe ejercerse en libertad como lo sostienen los profesores Díez y Romeo: «[...] Se quiere asegurar que los comportamientos sexuales en nuestra sociedad tengan siempre lugar en condiciones de

En efecto, debe tenerse presente que el ejercicio de la libertad sexual de los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 requiere una capacidad de entendimiento formada, madura y libre de condicionamientos que la reduzcan para prestar un consentimiento válido, a diferencia de lo que ocurre con los menores de 14 años de edad a quienes les falta la capacidad para autodeterminarse sexualmente porque están en proceso de evolución sexual.⁴⁹ Es evidente que los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 disponen de su libertad sexual positiva o negativa para decidir libremente en el área sexual,⁵⁰ salvo discapacidad mental o retardo mental.

El Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 00008-2012-PI/TC, fundamentos 17, 20 y 22 continúa con la línea propuesta por el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116 cuando señala que los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 pueden ejercer su sexualidad. En efecto, este Acuerdo Plenario resalta que este ejercicio depende de la voluntad de los sujetos. Sin embargo, el supremo intérprete marca una diferencia con el anterior instrumento vinculante cuando explica mediante una disposición constitucional que el ejercicio de la

libertad individual de los partícipes o, más brevemente, se interviene con la pretensión de que toda persona ejerza la actividad sexual en libertad» (2004: 221, volumen II).

⁴⁹ Sobre lo mencionado, la doctora Lázaro afirma que «La libertad sexual implica que el individuo que la ejercita posee una capacidad lo suficientemente formada y madura como para entender el significado y la trascendencia del acto sexual y prestar un consentimiento válido y adecuado a esa comprensión. Sin embargo, es claro que en los delitos sexuales cometidos sobre persona menor de edad falta esa capacidad cognoscitiva y volitiva, especialmente cuando los menores se encuentran aún en edad infantil» (2002: 671)

Esto está confirmado como lo hemos explicado en el punto anterior por el Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116 de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

⁵⁰ Sobre la libertad sexual de los adolescentes entre 14 años de edad y menores de 18, el profesor Castillo sostiene lo siguiente: «En pocas palabras: cuando la persona (entre los 14 a 18 años), que cuenta con una mínima pero adecuada conciencia para disponer de sus bienes jurídicos personales (sexualidad), pretende relacionarse sexualmente con un tercero como manifestación de su libertad, de su capacidad de autodeterminación, de una elección libre y porque es una expresión de la dignidad de la persona humana, el Derecho Penal no puede ni debe criminalizar dicha manifestación espontánea de su libertad convirtiendo un acto positivo y libre en un delito, imponiéndole una pena tan severa» (2007: 323).

sexualidad de los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 es parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Entre las razones que justifican este argumento está el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que es el principio de evolución de facultades del infante y adolescente. En consecuencia, la libertad sexual de los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 es parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad conforme al principio de evolución de facultades de estos titulares como lo precisa nuestro tribunal:

[...] el derecho al libre desarrollo de la personalidad [...], reconocido en el artículo 2°, inciso 1) de la Constitución, «garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad [...] Evidentemente, uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es la libertad sexual [...]

En cuanto a la titularidad del derecho a la libertad sexual como parte de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, queda claro que *son titulares todos los mayores de 18 años de edad*. En lo que al caso importa, el Tribunal Constitucional estima que, conforme a determinados elementos normativos y fácticos que operan en el ordenamiento jurídico peruano, *prima facie, los menores de edad entre 14 años y menos de 18 también pueden ser titulares de dicho derecho*. [...] El artículo 5 de dicha Convención prevé que [...] *en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*.

Ahora bien, la utilización de los medios comisivos del delito de violación sexual del artículo 170 del Código Penal, consistentes en la violencia física y la grave amenaza⁵¹ para lograr la consumación del acceso carnal, no están señalados

⁵¹ A diferencia del artículo 183-A del Código Penal, en el caso español sí se debe considerar la violencia y la grave amenaza como lo sostiene el doctor Morillas: «[...] cabe apreciar semejante circunstancia agravante de la responsabilidad penal del autor cuando el material pornográfico represente hechos consistentes en violencia física o sexual debiendo excluir necesariamente las hipótesis de violencia física, psíquica o sexual como mecanismos para obtener el consentimiento del infante en tanto no simboliza la praxis del precepto ya que la misma debe comprenderse en la iconografía [...]

expresamente en el artículo 183-A de la norma sustantiva. Por ello, pueden existir posibilidades de afectar al menor de edad sin utilizar esos medios.

Sin embargo, observamos que el mismo bien jurídico libertad sexual es compartido tanto por el delito de violación sexual (violación sexual en los casos de agresión sexual de mayores de edad con violencia y amenaza) como por el delito de fabricación de pornografía infantil (cuando se trata de un adolescente de 14 años de edad y menor de 18). En este último caso, tal como lo hemos mencionado anteriormente, no es necesario utilizar la violencia o la amenaza grave.

En efecto, es ineludible precisar que en los contextos verticales de fabricación de pornografía infantil,⁵² donde el ejercicio de la sexualidad de los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 es impuesto al margen de la voluntad de la víctima, porque hay un contexto de cosificación, violencia, agresión o abuso sexual, como también de aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad de las víctimas. En estos casos, también puede tratarse de un delito de trata si los menores son explotados con fines sexuales por parte de personas con posición generalmente de superioridad.

Esto se evidencia en el caso de los menores de edad cuando se vinculan con los aficionados a la fabricación de pornografía infantil de modo casero y con los sujetos que intercambian pornografía. En estas situaciones descritas (tal como lo mencionamos en la página 28 una parte de los intermediarios revelan una posición vertical, esto es, de superioridad frente al menor) es cuando

En definitiva, debe considerarse esencial para la observancia del tipo el uso de violencia física o sexual durante el transcurso del espectáculo o la filmación y que, en consecuencia, integre el material resultante» (2005: 307-308).

⁵² Anteriormente señalamos que en el mercado del sexo el poder delictivo de los explotadores sexuales no se concentra exclusivamente en la estructura de las organizaciones internacionales de pornografía infantil como son, por ejemplo, las redes profesionales de producción de pornografía infantil, las cuales son parte de los contextos verticales.

predomina el aprovechamiento de la debilidad de la víctima y la dependencia psicológica, afectiva o económica, entre otras, por parte del adolescente, así como la eliminación de sus posibilidades de defensa. En consecuencia, en estas situaciones se impone verticalmente una relación sexual y se configura la conducta típica de fabricación de pornografía (adolescentes entre 14 años y menores de 18 años) en la medida que el sujeto activo se benefició de una situación de vulnerabilidad de la víctima, la cual tiene restringido su ámbito de ejercicio de libertad sexual. En ese sentido, no resulta disponible ni depende de la voluntad del menor, por ejemplo, la circulación de sus imágenes en el mercado del sexo.

No obstante lo analizado, apreciamos que estamos ante una situación diferente, en los contextos horizontales de fabricación de material pornográfico de carácter privado, esto es entre los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 y, por ejemplo, un adulto joven que resulta ser pareja del o la adolescente. En estos casos consideramos que ellos podrían decidir la fabricación de sus imágenes con contenido pornográfico para un consumo personal, lo que convertiría el hecho en atípico. Esto será así en la medida en que se cumplan las siguientes condiciones: primero, que sean relaciones sexuales pacíficas, horizontales entre los miembros de la pareja sentimental (enamorado, convivientes, etcétera) que no incurran en los medios comisivos de la violencia física, la grave amenaza, ni el error o el engaño que vicia el consentimiento o el aprovechamiento de la debilidad de la víctima. Segundo, que el material pornográfico de los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 no debe estar destinado a la circulación ni al resto de las conductas lesivas de los delitos de pornografía infantil (posesión, promoción, distribución, exhibición, ofrecimiento, comercialización o publicación, importación, exportación o difusión).

1.5.3. La intimidad del menor como bien jurídico protegido en los delitos de posesión, promoción, distribución, exhibición, ofrecimiento, comercialización, publicación, importación, exportación por cualquier medio como objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios y la difusión del material pornográfico infantil

Como lo señalamos anteriormente, en el resto de las conductas delictivas del artículo 183-A del Código Penal ya no se utiliza a los menores para la fabricación de soporte, sino los propios materiales pornográficos, los cuales muestran las imágenes de las partes íntimas del menor con fines sexuales o exponen públicamente las imágenes del infante o adolescente que mantiene relaciones sexuales explícitas. Esto es, nos encontramos frente a un comportamiento posterior a la intromisión concreta sobre el cuerpo del menor. Entonces, se afecta la intimidad del menor, ya no por el proceso de evolución normal sexual del menor sino, porque la visualización de imágenes implica una permanente invasión a la esfera sexual del menor. Ello significa que se lesiona la intimidad por el que comercia, por el que distribuye, por el que difunde, en definitiva, por el que pone a disposición de otros la visualización de las imágenes de las partes íntimas con fines sexuales o las actividades sexuales explícitas de un menor concreto.

Es necesario mencionar que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño reconoce la protección a la vida privada del menor de las intervenciones contrarias a ley en el artículo 16 primer párrafo cuando señala que «Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación». (Defensa de los Niños - Internacional el movimiento mundial por los derechos de la infancia y la adolescencia 1995:

14).⁵³ En efecto, la vida privada del menor tiene reconocimiento supranacional e interpretamos que a nivel nacional la intimidad del menor está protegida por la intimidad personal y familiar del artículo 2, inciso 7, primer párrafo, de nuestra Constitución de 1993.

Cierto sector de la doctrina define la intimidad como el espacio libre a disposición del individuo sin la participación de terceros. De acuerdo con ello, este derecho fundamental comprende varias áreas de la vida humana que explica la doctora Arce:

En ese sentido, dentro de la intimidad creemos que se encuentran fundamentalmente *aspectos relacionados a la sexualidad, a la imagen de partes íntimas del cuerpo*, lo sentimental, las relaciones familiares, las circunstancias particularmente penosas y traumáticas, aspectos relacionados a la salud, historia clínica, hábitos personales, recuerdos, memorias íntimas, el estado agónico y la muerte de personajes. (2008: 82, tomo 11) (Las cursivas son nuestras)

Si bien estos ámbitos se aceptan como integrantes de la intimidad, a continuación queremos centrarnos en particular en el concepto de la intimidad corporal que es esclarecido por el doctor Pérez:

Ahora bien, el derecho a la intimidad no se extiende a todo el cuerpo, pues la intimidad no es un concepto físico sino cultural. En el cuerpo hay partes íntimas y partes no íntimas. El derecho a la intimidad protege las primeras y no las segundas [...]

El derecho a la intimidad es, pues, un derecho elástico, de contenido variable, que no puede ser delimitado con carácter general de manera apriorística, sino que tiene que ser delimitado en su contenido de manera casuística, a medida que se va dando respuesta a los problemas que se plantean. (2000: 398-399).⁵⁴

⁵³ Debemos tener presente que el artículo 2, inciso 7, primer párrafo de nuestra Constitución de 1993 consagra el derecho a la intimidad personal y familiar. El texto constitucional lo precisa: «Toda persona tiene derecho:

Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias».

⁵⁴ Es importante enfatizar que la intimidad es un concepto cultural, e inclusive puede evolucionar de acuerdo con los sistemas económicos, políticos y sociales como lo sostiene la doctora Arce: «[...] Asimismo, es importante resaltar que el contenido de este derecho [la

Entonces, la protección constitucional de la intimidad corporal comprende las partes íntimas de la persona interpretado con un criterio flexible en el tiempo y en el espacio.

Apreciamos que el artículo 154 del Código Penal tipifica el delito de violación de la intimidad prohibiendo las conductas de observar, escuchar, registrar para proteger el bien jurídico intimidad personal y familiar de la persona.⁵⁵

En cambio, la protección a la intimidad de los menores es más intensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional en su sentencia del Expediente 00008-2012-PI/TC, fundamento 87 ha señalado que los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 son titulares del derecho a la intimidad en los temas relacionados con libertad sexual:

Por su parte, los titulares de los derechos a no ser privados de información, a la salud y a la intimidad son todos los mayores de 18 años de edad, pero también, teniendo como base las mismas razones expuestas con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad [...] el Tribunal Constitucional estima que los menores de edad entre 14 años y menos de 18 pueden ser titulares de dichos derechos en los asuntos vinculados a su libertad sexual.

intimidad] es variable de acuerdo a los patrones culturales y a los sistemas económicos, políticos y sociales» (2008: 82).

⁵⁵ La violación de la intimidad del artículo 154 del Código Penal prohíbe lo siguiente: «El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios [...]» (Decreto Legislativo 635, Código Penal).

Tanto la intromisión como la divulgación son conductas lesivas a la intimidad, pero el doctor Eguiguren Praeli señala también otros elementos: «La vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola intromisión externa o perturbación no autorizadas en las áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos) que comprende, así como con la divulgación de su contenido sin contar con el consentimiento de su titular. Son estas acciones las que configuran la violación del derecho, sin necesidad de que con ellas se produzca ningún daño o perjuicio adicional a la persona afectada, bastando la simple molestia ocasionada por la intromisión en la esfera íntima o privada, o por la comunicación no deseada ni autorizada a terceros de aspectos que forman parte de esta y que su titular desea mantener en reserva. Aunque la información que se difunda sea veraz, ello no exime de responsabilidad por la violación de la intimidad personal» (2005: 31).

En consecuencia, interpretaremos que la protección de la intimidad corporal de las partes íntimas de los menores de 14 años y de los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 es el bien jurídico protegido mediante la prohibición de los actos de posesión, promoción, distribución, exhibición, ofrecimiento, comercialización, publicación, importación, exportación y también por la difusión del material pornográfico porque inciden en la intimidad del menor.⁵⁶

Esto es así en la medida que son los propios materiales pornográficos los que muestran las imágenes de las partes íntimas del menor con fines sexuales o exponen públicamente las imágenes del infante o adolescente que mantiene relaciones sexuales explícitamente. En estrecha relación con lo explicado, el doctor Molina Cantilla sostiene que

[...] esta intromisión indebida en la intimidad del menor tendrá lugar independientemente del eventual consentimiento que aquel hubiese prestado tanto para la elaboración del material como para su ulterior

⁵⁶ El artículo 183-A del Código Penal fue modificado por la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos. Ello ocasiona dos consecuencias: en la primera, esta norma incrementa la pena privativa de libertad que será no menor de diez (10) años ni mayor de doce (12) años y de 50 a 365 días multa cuando:

1. El menor tenga menos de 14 años de edad.
2. El material pornográfico se difunda a través de las tecnologías de la información o de la comunicación.

En la segunda, esta norma legal tipifica y sanciona la difusión separada de las conductas prohibidas del artículo 183-A del Código Penal, entre ellas la posesión, la fabricación (Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos).

La pornografía infantil perdura y se trasmite en el tiempo y en el espacio en el internet afectando los derechos de las víctimas a la imagen, la privacidad entre otros bienes jurídicos como lo sostiene la doctora Cruz: «Podemos afirmar que la pornografía infantil afecta, en cada caso particular, en forma directa y permanente los derechos a la imagen y a la privacidad de las personas menores de edad, parte integral de sus derechos a la dignidad y a un desarrollo integral pleno.

Todos estos bienes jurídicos son de rango constitucional e internacionalmente reconocidos para todas las personas menores de 18 años de edad. Forman parte del acervo de los “derechos humanos” por lo que están cobijados por sus características de universalidad, irrenunciabilidad e integralidad”

Por sus características de transmisibilidad y perdurabilidad en el tiempo y en el espacio, particularmente dado el uso de la Internet para la producción y difusión de estos materiales» (2006: 33).

Ahora bien, el doctor Rebollo sostiene que «cabe entender el derecho a la intimidad como la protección de la autorrealización del individuo» (2005: 145).

tráfico o difusión. Ello se debe a que tratándose de esta clase de personas, la intimidad en el plano sexual es un bien jurídico no disponible cuando se trata de poner en circulación imágenes con contenido pornográfico. (2008: 86)

Es evidente que este bien jurídico no es disponible ya que no depende de la voluntad del menor de 14 años. Tampoco de la aceptación del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 dado que en los contextos verticales de cosificación, violencia, agresión o abuso sexual, así como de aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad de la víctima que caracterizan los delitos de pornografía infantil, su voluntad resulta viciada o inválida. Ello implica que en estos casos pueden tratarse de un delito de trata y también de pornografía infantil si los menores son explotados con fines sexuales.

Sin embargo, se puede tener un criterio flexible respecto de los contextos horizontales, porque el adolescente de 14 años de edad y menor de 18 podría disponer de su libertad sexual para que se registren privadamente sus imágenes con su intimidad corporal sin pretensiones de distribución, de comercialización o incluso de difusión del material pornográfico en el mercado del sexo.

CAPÍTULO 2

LA PORNOGRAFÍA INFANTIL Y LA GARANTÍA DE TAXATIVIDAD

En el ordenamiento jurídico peruano, los comportamientos prohibidos deben estar tipificados previamente con respeto a las garantías del principio de legalidad que explicaremos posteriormente. Sin embargo, los delitos de pornografía infantil presentarían, aparentemente, algunos problemas de interpretación tanto con relación a una cláusula general —«exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios»— porque, se intenta explicar que esta cláusula general es compatible con las garantías de taxatividad y tipicidad. Como también otro problema de interpretación se da con relación a los elementos normativos en la calificación jurídica de los delitos de pornografía infantil. Esto es, respecto a los hechos y el objeto del delito que es el «material pornográfico». Entonces, examinaremos la compatibilidad del elemento normativo «pornografía infantil» con la garantía de taxatividad.

2.1. Reconocimiento democrático del principio de legalidad

En un Estado democrático es el Congreso de la República el órgano competente para expedir las leyes que determinen los delitos, las faltas y las sanciones punitivas que controlarán jurídicamente las conductas humanas en la sociedad.

En este sentido, el fundamento del principio de legalidad está vinculado a la división de poderes y a la democracia, como lo sostiene el doctor Urquiza: «El fundamento político constitucional del principio de legalidad se encuentra

ligado a la división de poderes y a la democracia. La división de poderes, en el Estado constitucional, significa que la organización y funciones del Estado se encuentran a cargo de determinados órganos [...]» (2006: 265-266).

En esta línea argumentativa, el doctor Salazar indica que «el principio de división de funciones del poder político exige que sea el Órgano Legislativo el ente encargado de dar leyes que crean delitos y penas» (2004: 489).

En tal entendido, por este principio de legalidad, el Poder Legislativo previamente califica en la ley los comportamientos humanos que se consideran delitos porque las conductas de las personas son cometidas de forma dolosa u omisiva, y la norma penal establece una sanción punitiva por la infracción.

Ahora bien, excepcionalmente, mediante potestad delegada el artículo 104 de nuestra Constitución prevé que el Congreso encomiende en el Poder Ejecutivo la delimitación de los delitos y las faltas mediante decreto legislativo debido a que no existe expresa reserva de ley formal.⁵⁷

⁵⁷ Se debe tener presente además que el artículo 104 de la Constitución de 1993 indica: «El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa».

Al respecto, el doctor Ferreres sostiene que la reserva de ley establece «[...] que solo una determinada clase de texto jurídico (la ley) puede contener normas que establezcan sanciones, aunque admite que el reglamento desempeñe un papel secundario, de mero complemento de la ley» (2002: 25).

De manera que cuando se creen o modifiquen delitos o penas por decreto legislativo se debe precisar la mención al campo penal que se legislará. Al respecto, el doctor Castillo afirma lo siguiente: «Creemos que es necesario exigir —cuando se creen o modifiquen delitos o penas vía decreto legislativo— que la ley autoritativa deba contener expresa e inequívocamente la mención al campo penal que será legislado. De otra manera se incurrirá en una implícita inconstitucionalidad» (2002: 59).

Debemos tener presente que la ley escrita es fuente de incriminación y que no lo serán ni la moral ni la costumbre. Conforme lo señalado, en el caso de la creación o modificación de los delitos o penas mediante decreto legislativo, esta debe contener la precisión al área penal que será legislado para evitar inconstitucionalidades futuras e interpretaciones extensivas por el juez penal que pueden ser arbitrarias.

Por otro lado, el principio de legalidad es un límite al *ius puniendi* del Estado para proteger la libertad de las personas porque, en definitiva, se trata de proteger a los individuos, como lo sostiene la doctora Salinas:

[...] Así, este principio se constituye como un límite al poder punitivo del Estado para preservar la libertad de los individuos. Al Estado Constitucional importa que este principio quede garantizado pues de él se desprende, como de otros principios, su mismo fundamento: proteger a los individuos. Su finalidad no es reprimir a los individuos, excluirlos de la sociedad, sino garantizar la convivencia armónica de los miembros de la sociedad.

En esa medida, es indispensable que el Estado proscriba determinadas conductas que afecten a la sociedad y al mismo Estado, y en consecuencia, que las sancione, pero también, es importante que el Estado proscriba solo aquellas conductas que efectivamente provoquen un daño a los bienes jurídicos que se trate de garantizar. No puede prohibir cualquier conducta que pueda considerarse como negativa o amoral, sin que su comisión u omisión conlleve a la afectación de un bien jurídicamente relevante. (2007: 55)

2.1.1. Reconocimiento normativo del principio de legalidad

Como lo sostiene el profesor Castillo, la Constitución de 1993 consagra el principio de legalidad en el artículo 2, inciso 24, literal d) para proteger la libertad y la seguridad personales (2002: 44-45).⁵⁸ En estrecha relación con lo anterior, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal garantiza que las conductas prohibidas se establezcan anteriormente y de manera clara.⁵⁹ Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia del caso Jorge Isidro Murga contra la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, Expediente 08264-2006-HC/TC, fundamento 4, señala que:

⁵⁸ El artículo 2, inciso 24, literal d) de nuestra Carta Magna precisa: «Toda persona tiene derecho: [...] A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...] Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley».

⁵⁹ El artículo II del Título Preliminar del Código Penal establece: «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella» (Decreto Legislativo 635, Código Penal).

Con tal tenor [se refiere al artículo 2 inciso 24 literal d) de la Constitución de 1993] se consagra el principio de legalidad penal, el que no solo se configura como principio propiamente dicho, sino también como derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo y el Poder Judicial al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica. [Cfr. STC Exp N° 2758-2004-HC/TC]

En efecto, el principio de legalidad penal se estructura en un caso como principio; y en otro, como un derecho subjetivo constitucional. Este último puede ser oponible frente al legislador cuando este pretende describir las conductas prohibidas de los ciudadanos de manera incierta o no determinada.⁶⁰ Es decir, como lo mencionamos, las personas tienen el derecho frente al juez y el legislador de que lo prohibido por este se regule claramente en una norma previa, y que la aplicación de esta sea de un modo estricto.

A continuación observaremos que el principio de legalidad se concibe de forma diferente tanto en la Carta Magna como en el Código Penal, tal como lo sostiene el doctor Castillo:

⁶⁰ Al respecto, el doctor Lamas sostiene sobre la garantía de legalidad penal que es un principio penal porque informa y limita la actuación del Poder Legislativo cuando determina los comportamientos prohibidos y sus respectivas sanciones penales: «[...] se configura como un principio penal, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo, al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita y que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica» (2005: 27).

[...] La regulación Constitucional es más amplia en los siguientes sentidos: a] junto a la consagración del principio de legalidad de las penas establece el principio de legalidad procesal, que es su consecuencia, pues directamente alude a «no será procesado...»; b] no solo se limita a un «acto» que no está previamente calificado en la ley, tal como dice el C.P., [Código Penal], sino se refiere de manera amplia a un «acto u omisión» [...] c] la Constitución a diferencia del C.P., [Código Penal], hace una referencia directa al principio de determinación o de taxatividad de la ley penal cuando se refiere a la necesidad que el acto u omisión se encuentre calificado en la ley de manera «expresa» e «inequívoca» [...]

El Código Penal, por su parte, ofrece una mejor redacción que la Constitución Política cuando se refiere al principio de legalidad de las sanciones jurídico-penales, pues extiende el mandato de legalidad a las medidas de seguridad, que no se encuentra presente en el texto Constitucional. (2002: 45)

Ciertamente, el principio de legalidad establecido en la Constitución Política es más explícito que el Código Penal, en especial respecto del principio de taxatividad de la ley penal porque consagra la determinación no solo del acto, sino también de la omisión en la ley. Sin embargo, la norma sustantiva penal tiene un mayor alcance que la Carta Magna en lo referente al principio de legalidad de las consecuencias jurídicas penales porque amplía el mandato de legalidad a las medidas de seguridad.

En estrecho vínculo con lo explicado, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia por inconstitucionalidad sobre determinadas normas del Código de Justicia Militar Policial señala las cuatro garantías del principio de legalidad: «[...] a) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*); b) la prohibición de la analogía (*lex stricta*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*); y d) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*)».⁶¹

⁶¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia por el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar Policial, Expediente 0012-2006-PI/TC, fundamento 22.

A continuación, a efecto de nuestro trabajo, nos detendremos en dos de estas garantías: la ley estricta y la taxatividad.

2.1.1.1. Garantía de ley estricta o garantía de tipicidad⁶²

Esta garantía es una manifestación del principio de legalidad que está dirigido al operador judicial para prohibirle la aplicación de la analogía como lo sostiene la doctora De Vicente:

La prohibición de analogía como medio de creación y aplicación de preceptos penales así como de agravación de las penas y medidas ya existentes es un corolario del principio de legalidad: Todo lo que no está prohibido está permitido. QUINTANO RIPOLLÉS, considera además que la analogía vulnera dos principios básicos del Derecho penal: el de legalidad, porque supone la creación de nuevos delitos, habida cuenta que lo análogo no es lo idéntico, y el de irretroactividad, ya que el juez, al cumplir la operación analógica lo hace con posteridad a la realización del hecho, no pudiendo tal circunstancia ser prevista por el reo [...] La analogía afecta a los derechos fundamentales del ciudadano, es unánime la doctrina en rechazar la analogía *in malam partem* por vulnerar el principio de legalidad y de seguridad jurídica. (Quintano, citado por De Vicente 2004: 58-59).⁶³

Comprenderemos la analogía como lo explica el profesor Rubio cuando señala que: «[...] es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia» (2012: 264). Sin embargo, conforme lo explicado, en materia penal está prohibida la analogía *in malam partem*.

⁶² La garantía de *lex stricta* se entiende también como garantía de tipicidad. Al respecto, el profesor Alcácer sostiene que «[...] la garantía de tipicidad o de *lex stricta* exige que la aplicación de la ley sea previsible para sus destinatarios y no desborde el límite establecido por el tenor legal, siendo por tanto, un mandato dirigido a los Tribunales» (2010: 19).

⁶³ Para la profesora De Vicente, la analogía *in malam partem* es: «[...] la aplicación de la ley a casos similares a los en ella contemplados, pero no idénticos, y en perjuicio del autor del hecho» (2005: 58)

Debemos tener presente que la garantía de ley estricta prohíbe singularmente en determinados casos; entre ellos, las interpretaciones extravagantes o irrazonables como lo explica el Tribunal Constitucional en el Expediente 5512-2007-HC:

Que, si bien es cierto una de las garantías derivadas del principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 2.24, d de la Constitución, lo constituye la *lex stricta*, la cual vincula al órgano jurisdiccional a fin de que sea respetuoso del texto legal de la norma penal, también la subsunción de los hechos en las normas legales pertinentes constituye un aspecto que no corresponde analizar en sede constitucional, por ser un asunto de mera legalidad. *Es por ello que este Tribunal ha establecido respecto de la garantía de la lex stricta que excepcionalmente cabe efectuar un control constitucional en aquellos casos en los que el juez se aparte del tenor literal del precepto normativo o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema de valores.* [Cfr. STC Exp N° 2758-2004-HC/TC, Caso Bedoya de Vivanco, fundamento 8]. (Las cursivas son nuestras).⁶⁴

No obstante lo explicado, es necesario diferenciar los contenidos de la analogía *in bonam partem* y la analogía *in malam partem*. Respecto a la primera, sí está permitida porque beneficia al reo en la medida que «[...] desincrimina los hechos o sirve para atenuar la pena», como lo señala el doctor Urquiza (2000: 97). Apreciamos que para esta primera analogía los hechos son atípicos o se disminuye la sanción dependiendo de las atenuantes. Entre ellas están las causas de justificación del artículo 20 del Código Penal que objetivamente «destruyen» la antijuridicidad o las causas de inculpabilidad que de acuerdo con la doctrina son la violencia física y moral, el caso fortuito, la fuerza mayor, el error de tipo. Estas últimas «destruyen» la comprensión de la antijuridicidad.

⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia del caso Jorge Enrique Ríos Izarra contra la resolución expedida por la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte Expediente N° 5512-2007-HC/TC*, fundamento 3

Al respecto, el profesor Castillo sostiene que «Las causas de justificación o las causas de inculpabilidad también son objeto de aplicación analógica» (2002: 177). Entonces, comprenderemos que «Las causas de justificación, al provenir de todas las ramas jurídicas y no específicamente de una, y en razón de la plenitud y coherencia del ordenamiento jurídico, no pueden estar sujetas a la prohibición de analogía; más aún, si ellas concurren para favorecer o beneficiar al autor o partícipe de un hecho delictivo», como lo explica el doctor Urquiza (2000: 99).

En cambio, la segunda no está aceptada porque afecta el principio de legalidad y la seguridad jurídica. En efecto, de acuerdo con el artículo 139, inciso 9 de la Constitución de 1993 y el artículo III del Título Preliminar del Código Penal, el juez no debe aplicar la analogía para calificar jurídicamente el hecho como delictivo y así restringir los derechos fundamentales de las personas.⁶⁵

También es pertinente diferenciar la interpretación extensiva de la interpretación analógica. En la primera, como lo resalta la profesora De Vicente: «[...] no tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley [...]» (2004: 61). En la segunda, como lo explica el profesor Urquiza «[...] es válida en la medida que exista una relación de semejanza por nocividad social, merecimiento de pena o por igualdad valorativa de los medios o modos de cometer el delito del caso previsto por la ley, respecto a los que se pretende homologar o comparar» (2000: 106). Estamos de acuerdo con la interpretación analógica para estos supuestos.

⁶⁵ Al respecto, el artículo 139, inciso 9 de la Constitución Política de 1993 precisa: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos»
Además, el artículo III del Título Preliminar del Código Penal consagra que «No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde» (Decreto Legislativo 635, Código Penal).

En este punto es importante además mencionar que, la interpretación analógica es correcta porque no atenta contra la ley estricta. Al respecto, el Tribunal Constitucional cita a Hurtado y Bacigalupo en la sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. Expediente N.º 010-2002-AI/TC, fundamento 71 para afirmar que:

La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139.º, inciso 9), Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, Hurtado Pozo: *A propósito de la interpretación de la ley penal*. En Derecho N.º 46, PUCP, 1992, p. 89).

Las cláusulas de interpretación analógica no vulneran el principio de *lex certa* cuando el legislador establece supuestos ejemplificativos que puedan servir de parámetros a los que el intérprete debe referir otros supuestos análogos, pero no expresos. (BACIGALUPO: *El conflicto entre el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo*. En: Revista Actualidad Penal, N.º 38, 2002).

En estrecha relación con lo señalado el doctor Sánchez sostiene que: «[...] se conoce como «interpretación analógica» a la técnica legislativa por la cual en el tipo penal para referirse a la conducta punible se añade o enumera una serie de ejemplos o medios particulares en que se realiza la comisión» (Nuñez, citado por Sánchez 2007:49). Esto implica que el tipo penal nos remite a otros ejemplos similares. En consecuencia, la interpretación analógica la comprenderemos como el proceso por el cual el juez aplica el razonamiento analógico para determinar el alcance de la prohibición en función a determinados ejemplos que el legislador lo autoriza. Entonces, es un razonamiento por semejanza con relación a ciertos ejemplos para determinar otros. Este tema lo abordaremos en las páginas 87-88.

En cambio, no estaremos de acuerdo cuando exista una interpretación arbitraria, esto es, cuando los hechos sean forzados por la interpretación y la aplicación analógica de la ley penal *in malam partem* porque deducen o crean conductas prohibidas o sanciones penales. En consecuencia, estas lesionan el principio de legalidad y los derechos fundamentales de la persona, pero el juez o fiscal definirá en cada caso si se trata de la interpretación analógica o de la aplicación analógica.

2.1.1.2. Garantía de *lex certa* o de taxatividad⁶⁶

Esta garantía necesita que la ley delimite expresa e inequívocamente las conductas prohibidas y que no se apliquen leyes de contenido indeterminado a los ciudadanos conforme al mandato constitucional del artículo 2, inciso 24, literal d). En efecto, nuestro Tribunal Constitucional interpreta un contenido jurisprudencial de la *lex certa* comprendida como mandato de determinación en el caso Marcelino Tineo Silva, Expediente 010-2002-AI/TC cuando señala que:

El principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal «d» del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea «*expresa e inequívoca*» (*Lex certa*).

El principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que este dote de significado unívoco y preciso al tipo penal, de tal forma que la

⁶⁶ La garantía de *lex certa* se entiende también como garantía de taxatividad. Al respecto, el profesor Alcácer sostiene que «La garantía de taxatividad o de *lex certa* exige que la conducta prohibida sea definida en la ley con la mayor concreción posible; es, por tanto, un mandato dirigido al legislador cuyo enjuiciamiento se proyecta sobre la ley misma» (2010: 19).

actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre.⁶⁷

Es importante precisar que el mandato de determinación prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas y que la doctrina lo estudia desde dos ámbitos: el primero, exige al legislador claridad y precisión en la tipificación de las normas; y el segundo, protege a la persona de la arbitrariedad del Poder Judicial.⁶⁸

En otras palabras, el legislador penal debe ser lo más preciso en el supuesto de hecho de la norma penal para no utilizar términos imprecisos o vagos que restrinjan la libertad de las personas, como lo sostiene el doctor Salazar:

El principio de taxatividad encuentra su mayor grado de rigurosidad y eficacia en el supuesto de hecho. Es en este tópico donde el legislador debe ser lo más preciso posible, porque en él se encuentran los elementos configurativos de la conducta típica, de tal manera, que mientras más imprecisos o vagos sean los componentes del tipo penal, más amenazados se encontrarán los ámbitos de libertad de los ciudadanos, por cuanto se dan todas las condiciones para que la

⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. Expediente N.º 010-2002-AI/TC, fundamentos 45 y 46)* Al respecto, la doctora De Vicente sostiene que: «Las exigencias materiales del principio de legalidad imponen una técnica legislativa que ofrezca una redacción lo más precisa posible de los términos penales, pero no solo precisión legal en la redacción de las conductas típicas sino también en la determinación de la pena por parte de la ley.

En la tarea de fijar los marcos penales, el legislador posee una libertad de juicio que, sin embargo, no puede llevar a límites tales que impliquen formularlos con tal excesiva amplitud que supongan una afectación al principio de proporcionalidad» (2004: 54-55).

⁶⁸ Hay dos formas de definir el mandato de determinación y que las explica el doctor García: «El mandato de determinación suele estudiarse por la doctrina desde dos perspectivas; la primera agota su misión requiriendo al legislador claridad y precisión en la formulación de los preceptos; la segunda, además, incluye la protección del ciudadano frente a la arbitrariedad del Poder Judicial. Esta última postura aboga por un contenido pluridimensional del principio de determinación, que abarque tanto la técnica de legislar como la técnica de aplicación. En cambio, desde la primera perspectiva, la finalidad de acotamiento del arbitrio judicial no se deriva de la exigencia de certeza sino de la prohibición de analogía ínsita en la exigencia de *lex stricta*, y por lo tanto, estableciendo una separación entre la creación y aplicación de las normas penales. Este último punto de vista dirige, pues, el mandato de taxatividad al legislador, y en concreto al momento de configuración de los tipos penales» (García, citado por Fernández 1998).

discrecionalidad (arbitrariedad) de los jueces incrimine cualquier tipo de conducta, aunque muchas veces sean lícitas. Por el contrario, mientras más precisos sean los contenidos de los presupuestos típicos, menos amenazados se encontrarán las libertades individuales y, en consecuencia, mayores serán sus posibilidades de participación en los procesos de relación, ya que los magistrados tendrán, en la precisión de los conceptos, un límite a su poder discrecional, pues no podrán incriminar —sin violar la literalidad de la ley— cualquier tipo de conducta. (2004: 560)⁶⁹

Como lo venimos explicando, mientras más precisos sean los supuestos de hecho los operadores judiciales, tendrán un límite a su poder discrecional para evitar arbitrariedades en la interpretación de los términos vagos o imprecisos, las cláusulas abiertas o los elementos indeterminados valorativos de la norma penal que realizan los jueces y fiscales.

Al respecto, nuestro supremo intérprete señala que el principio de taxatividad impone límites al legislador penal para permitir la comprensión del ciudadano sobre lo prohibido bajo amenaza de sanción de una determinada norma jurídica. Esto se aprecia en la sentencia del caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses, Expediente 2192-2004-AA /TC:

⁶⁹ En la comunicación entre las personas no siempre se empleará un lenguaje claro, exacto y preciso porque se debe reconocer que existirá un margen de indeterminación, inexactitud y vaguedad en el lenguaje humano. En efecto, no hay una total claridad y precisión en la formulación de los tipos penales porque, como lo sostiene nuestro Tribunal Constitucional, es compatible cierto margen de indeterminación en las normas penales que establecen la materia de prohibición sin sobrepasar el límite de permitir el conocimiento a las personas de las conductas prohibidas y permitidas. Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional sostiene que «En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 257). El grado de indeterminación será inadmisibles, sin embargo, cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos. (En este sentido: BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Temis. Bogotá, 1989, p.35).» (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes N.ºs 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 47)*

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.⁷⁰

En efecto, el Tribunal Constitucional argumenta en esta sentencia que no se debe sobrepasar el límite de permitir a las personas el conocimiento de las conductas prohibidas y permitidas, punto que desarrollaremos más adelante.

Ahora bien, el profesor Ferreres sostiene que el fundamento de la garantía de taxatividad se erige por dos principios: el primero es la certeza jurídica que comprende la probabilidad de anticiparse al tema de los actos del poder estatal partiendo del conocimiento de las normas jurídicas que regulan y limitan el ejercicio de ese poder. El segundo consiste en que debe existir imparcialidad cuando se aplica el derecho.⁷¹ Es decir, como lo explica el profesor Ferreres, la

⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia sobre el caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses contra la resolución de la Sala Especializada en lo Civil de Tumbes. Expediente N° 2192-2004-AA /TC, fundamento 15*

Es evidente que el legislador tiene libertad de juicio; pero no es absoluto, sino que es relativo y está sujeto al principio de proporcionalidad y a las garantías, los principios y los valores de la Carta Magna, como lo sostiene el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el Expediente 0012-2006-PI/TC: «[...] en el Estado democrático y social de derecho el Legislador no tiene una “discrecionalidad absoluta” para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena, pues debe respetar las garantías materiales y procesales [...], dentro de la que destaca el principio de proporcionalidad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. [...] el Legislador, conforme a sus atribuciones constitucionales, goza de una “discrecionalidad relativa”, según la cual posee un determinado nivel de autonomía [...]

[...] hoy en día, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el Legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado principio de proporcionalidad [...]» (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia por el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar Policial, Expediente 0012-2006-PI/TC, fundamentos 14, 15 y 16).

⁷¹ El profesor Ferreres sostiene que: «El principio de taxatividad no es otra cosa que la exigencia de que los textos en los que se recogen las normas sancionadoras describan con

certeza jurídica integra la seguridad jurídica. Esta última permite acceder a la publicación formal de las normas legales y que ellas sean estables a pesar de los cambios. Además, la seguridad jurídica restringe la discrecionalidad del juez en el criterio del doctor Urquizo:

La seguridad jurídica presta una función de garantía a los ciudadanos pues permite, si no eliminar, sí restringir el ámbito de la discrecionalidad del poder judicial en el momento de la emisión de una sentencia condenatoria. Logra que el ciudadano sepa a qué atenerse, ya sea cuando comete un hecho como cuando lo omite y, sepa además la naturaleza (pena o medida de seguridad), clase (pena privativa de libertad, pena restrictiva de derechos o días multa) y duración de la sanción. Las consecuencias cuando se emprende una conducta o cuando se está a punto de ejecutarla se vuelven más calculables. (2000: 36)

En consecuencia, la garantía de taxatividad promueve la seguridad jurídica porque en la medida que exista más taxatividad se incentiva la seguridad jurídica. Siendo así se generan menos delitos y penas. Obviamente, los jueces y fiscales están impedidos de que en sus resoluciones o sentencias apliquen la analogía *in malam partem*. Esto significa que los magistrados no deben crear conductas prohibidas o sanciones penales (Urquizo 2000: 37).⁷² Sobre el particular, el profesor Peña Cabrera sostiene que:

suficiente precisión qué conductas están prohibidas y qué sanciones se impondrán a quienes incurran en ellas.

¿Cuál es la razón de ser de esta exigencia de precisión? Básicamente, se trata de proteger la certeza jurídica y la imparcialidad en la aplicación del Derecho [...]

[...] Por “certeza jurídica” podemos entender la posibilidad de predecir el contenido de los actos del poder público a partir de la lectura de los textos jurídicos vigentes que contienen las normas que regulan el ejercicio de ese poder [...]

[...] El principio de taxatividad protege frente a la incertidumbre misma, frente al no saber si uno puede o no ser castigado por algo.

La certeza jurídica, así entendida, es una de las dimensiones de la “seguridad jurídica”, que es un concepto más amplio que abarca otros principios. Básicamente, además del principio de taxatividad, la seguridad jurídica se traduce en el principio de accesibilidad de las manifestaciones legales a través de su publicación formal; la estabilidad de las normas frente a cambios demasiado frecuentes; y la irretroactividad de los cambios normativos» (2002: 21; 43-44).

⁷² El profesor Urquizo precisa que «[...] el principio de legalidad exige la *sujeción del juez a la ley* [...] como un el único criterio válido en el momento de pronunciar una decisión

«[...] A tal efecto, [el legislador] debe privilegiar el uso de terminologías de simple entendimiento para el ciudadano corriente, evitando el abuso de tecnicismos innecesarios [...] Los elementos normativos deben ser necesarios solo cuando sea necesario, a fin de determinar con precisión la conducta típica cuando se incurre en el abuso de términos vagos, imprecisos, confusos y ambiguos».(2013a:49)

En estrecha relación con lo explicado, el artículo 183-A del Código Penal prohíbe las conductas delictivas relacionadas con la «pornografía infantil» (posesión, promoción, fabricación, distribución, exhibición, ofrecimiento, comercialización o publicación, importación, exportación, difusión).

Entonces, es claro que el objeto de la acción de todos estos delitos es el material pornográfico que muestre las imágenes de las actividades sexuales explícitas del infante o adolescente o exponga las imágenes de los genitales del menor real con fines sexuales.

En ese sentido, dado que el concepto de material pornográfico contiene un cierto grado de indeterminación, es necesario reflexionar en este acápite sobre el concepto de «material pornográfico» y su compatibilidad con la garantía de taxatividad. Esto es importante en la medida que, según el profesor Ferreres, la garantía de taxatividad es más intensa en el supuesto de hecho que en la

jurisdiccional. La legitimidad de las sentencias se plasma cuando estas logran sujetarse al tenor de la ley o se mantienen dentro de su *sentido literal posible*. A los jueces penales les está especialmente prohibido crear delitos o inventar penas. Solo deben aplicar las existentes» (2000: 37).

Al respecto, el doctor Belapatiño sostiene que «[...] En lo que se refiere a la seguridad jurídica, como lo ha señalado ampliamente el TC, el Estado “debe proteger también la confianza de los ciudadanos frente al cambio brusco, irrazonable y arbitrario de la legislación. Lo que se garantiza fundamentalmente es que no cambien las reglas de juego abruptamente”. En “consecuencia”, cuando cambie la legislación y de por medio se encuentre comprometido el ejercicio de determinados derechos fundamentales, todo cambio podrá ser válido, si es que además está conforme al principio de seguridad jurídica» (2008: 6).

consecuencia jurídica (2002).⁷³ En consecuencia, el principio de taxatividad no puede exigir precisión y claridad absoluta, pero tampoco total indeterminación; sin embargo, antes de este análisis de compatibilidad es importante ubicar el concepto de material pornográfico dentro del conjunto de elementos que integran el tipo penal.

Estos elementos pueden ser los elementos descriptivos y los elementos normativos—inclusive dentro de estos últimos están los elementos jurídicos o elementos normativos sociales y culturales—.

2.1.1.3. Los elementos descriptivos

En efecto, la doctrina explica que los elementos del tipo penal están comprendidos por los elementos descriptivos y normativos. En el caso de los primeros, ellos explican la norma prohibida con más detalle. Al respecto, la profesora Ossandón resalta que ellos describen las conductas típicas:

[...] la descriptividad de las estructuras lingüísticas empleadas en la formulación del tipo penal permite transmitir un mensaje de modo claro, directo y concreto en relación con las conductas específicamente prohibidas. El sentido de la norma queda radicado en límites materiales, fácticos, y la relación comunicativa con los destinatarios es mejor en la medida en que el lenguaje usado conserve su significación ordinaria.

Además, si se consigue una mayor determinación y una configuración cerrada de los tipos, los elementos descriptivos permitirán una mejor delimitación de la gravedad de las conductas proscritas. (2009: 165)

Observamos que este criterio lo comparte el profesor Peña Cabrera cuando explica los elementos descriptivos y resalta que: «se trata de la descripción de

⁷³ Sobre el particular, el profesor Ferreres sostiene que: «[...] con respecto a la sanción, el principio de taxatividad puede operar con menor rigor que con respecto al tipo, pues es deseable que el juez pueda fijar aquella según la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del reo, con arreglo al principio de culpabilidad y las necesidades de la prevención especial» (2002: 95).

hechos que son de fácil percepción por los sentidos; pertenecen, pues, al lenguaje común, al no necesitar de un mayor análisis valorativo» (2004: 362).

2.1.1.4. Los elementos normativos (jurídicos, sociales y culturales)

Ahora bien, en el caso de los elementos normativos, ellos se enfocan en un juicio jurídico o ético cuyo significado penal lo determinará valorativamente la interpretación del juez.⁷⁴

Al respecto, la doctora De Vicente señala que «[...] los elementos normativos aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social, como “cosa ajena”, “acreedor”, etc., y que requieren que la determinación de su significado se realice atendiendo a una valoración» (2004: 46).⁷⁵

Como podrá observarse, son los elementos normativos los más complicados de definir porque pueden ser elementos jurídicos o elementos normativos sociales y culturales. El doctor Peña Cabrera los califica como jurídicos y metajurídicos:

[...] podemos clasificar los elementos normativos en «jurídicos» y «metajurídicos».

Estas propiedades normativas pueden ser aprehendidas ya sea mediante una conceptualización socio-cultural general como es el

⁷⁴ La profesora Ossandón argumenta lo siguiente sobre los elementos normativos: «Sin pretender agotar el tema, bastará solo con referirnos a algunos de los elementos normativos que parecen más conflictivos. Por ejemplo, los términos elásticos, cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados. El empleo de estos términos con elasticidad y capacidad de síntesis aparece como más idóneo para obtener una certeza (casuística) potencial, preferible a la imposible certeza de una casuística absoluta, siempre y cuando se remitan a principios valorativos o pautas extralegales objetivas y convencionales, sin quedar sometidos al mero arbitrio judicial, pues entonces podrían satisfacer adecuadamente las exigencias de seguridad jurídica. Más todavía, las cláusulas generales permiten una aplicación del Derecho ligada a principios superiores de justicia material, conciliándolo con la estabilidad normativa y su no fosilización» (2009: 175-176).

⁷⁵ Con el fin de esclarecer los elementos que venimos explicando, el profesor Díaz y García Conlledo sostiene: «Lo que el sujeto debe conocer, sea cual sea la clase de elementos —descriptivos o normativos—, es la concurrencia en el hecho del sentido o significado material auténtico del elemento, con independencia de que conozca o no en abstracto cuáles son las características que conforman ese sentido o significado material. O, expresado de otra manera, debe conocer la concurrencia en el hecho del elemento típico en todo su sentido o significado material auténtico» (2008: 378).

caso de la expresión «buenas costumbres» o de carácter jurídico valorativo, como es el caso de «ajenidad», «funcionario público» [...] Más compleja es aún, la tarea de interpretar, de llenar de contenido valorativo términos, como: «obscenidad», «pornografía», «pudor», «carácter libidinoso», etc., terminologías que son de difícil concepción, fruto de su remisión irremediable a esferas metajurídicas, propias de la moral, de la ética y a veces de la religión, que por su carácter cambiante y relativo, desencadenan toda una confusión ideológica y valorativa en la persona del juzgador. (2004: 362-363)

Apreciamos que ambos autores explican con nomenclaturas diferentes los elementos jurídicos o los elementos normativos, sociales y culturales. En consecuencia, comprenderemos que los primeros son los elementos jurídicos y los segundos, es decir los metajurídicos, son los elementos normativos, sociales y culturales.

2.2. La legitimidad constitucional del «elemento normativo pornografía infantil» con la garantía de taxatividad en la interpretación de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional peruano y español

Tal como sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional español 69/1989, fundamento 1 los conceptos normativos pueden precisarse por pautas lógicas, técnicas o de experiencia. A continuación lo citamos:

«[...] si bien los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de *lex certa* [...] la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada [...]

En este punto es importante buscar una legitimidad constitucional que permita una compatibilidad entre la garantía de taxatividad y el «elemento normativo pornografía infantil» para determinar el sentido de este último. Lo examinaremos sobre la base de tres criterios: en primer lugar, evaluaremos la

compatibilidad entre el «elemento normativo pornografía infantil» y la garantía de taxatividad desde cualquiera de los métodos de interpretación clásicamente conocidos como el literal, el sistemático o con los criterios lógicos, técnicos o de experiencia que el juez utilice.⁷⁶

En segundo lugar, examinaremos la legitimidad del «elemento normativo pornografía infantil» sobre la base de que puede ser determinado por la máxima de la experiencia sustentada en una explicación ampliamente mayoritaria o en el sentido común.

Finalmente, analizaremos la legitimación constitucional del «elemento normativo pornografía infantil» con la garantía de taxatividad para determinar su sentido recurriendo al método de interpretación teleológico en función del bien jurídico protegido en la norma.

Efectivamente, el elemento del supuesto de hecho pornografía infantil (artículo 183-A del Código Penal) es un concepto normativo que tiene elementos ético-sociales, es decir, que deberá determinarlos una interpretación discrecional del juez, la cual puede ser rígida o flexible.⁷⁷ En efecto, si bien se trata de una

⁷⁶ Al respecto, la doctora Huerta señala que «Se hace por ello necesario recurrir [...] a otros criterios o métodos de interpretación, entre los que destaca el llamado “teleológico” o de averiguación del fin de protección de la norma en cuestión.» (2000:45)

⁷⁷ La prohibición de resolver arbitrariamente es una garantía como lo señala el Tribunal Constitucional: «El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso [...] La arbitrariedad en tanto es irrazonable implica inconstitucionalidad. Por tanto, toda sentencia que sea caprichosa; que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que de sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será obviamente una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional» (Sentencia sobre el caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilaes contra la sentencia expedida por la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente 00728-2008-PHC/TC, fundamentos 7 y 8.

cláusula con cierta indeterminación,⁷⁸ esto no implica que se permita al juez tener una interpretación injusta o arbitraria.

Con relación al primer requisito, esto es, que el elemento normativo sea susceptible de encontrar su sentido mediante cualquier método de interpretación de normas como, por ejemplo, el literal, el *ratio legis*, el sistemático, el histórico, el sociológico, etcétera. Apreciamos que el elemento pornografía infantil puede definirlo la interpretación sistemática sobre la base del concepto establecido en 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 y el concepto contenido en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual.

Debemos tener presente que, estos instrumentos internacionales son tratados de derechos humanos con rango constitucional porque son un «*parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades*» tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional.⁷⁹

Entonces estos tratados de derechos humanos que protegen los derechos de los menores de edad coinciden en señalar que el núcleo esencial del elemento objetivo de la pornografía infantil son las imágenes de las partes genitales o de las actividades sexuales del menor que de forma explícita, real o simulada se representan en cualquier material.

⁷⁸ También consideramos que son imprecisos los términos «conducta provocativa» o «erotismo» del menor. Igualmente, lo es el concepto «desnudez» del menor sin las definiciones de «exhibición lasciva de los genitales o el área pública de menor» en la conducta realizada por un sujeto activo.

⁷⁹ En la nota 133, esto lo explicaremos, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley 27971), Expediente 047-2004-AI/TC, fundamento 22

En consecuencia, como lo explicamos en la página 33, desde una funcionalidad penal, combinaremos las dos definiciones objetiva y subjetiva del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía para proponer un concepto interpretativo de pornografía infantil que comprende cualquier material visual que muestre las imágenes de las actividades sexuales explícitas del infante o adolescente o exponga las imágenes de los genitales del menor real con fines sexuales.

En efecto, el sentido interpretativo sistemático que pretendemos encontrar al elemento normativo pornografía infantil en forma explícita es excluyendo el modo simulado para reducir los márgenes de ambigüedad en la interpretación del juez o fiscal.

Con relación al segundo requisito, examinaremos si es posible determinar la comprensión del concepto normativo pornografía infantil sobre la base de la máxima de la experiencia.⁸⁰ Esto es, la entenderemos de acuerdo con la

⁸⁰ Nuestro Tribunal Constitucional sostiene que los conceptos valorativos pueden determinarse por la interpretación en la sentencia del Expediente 010-2002-AI/TC cuando resalta que: «En esta perspectiva, el Derecho Penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación» (Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas, Expediente 010-2002-AI/TC, fundamento 49).

El Tribunal Constitucional español señala que los elementos normativos pueden ser determinados por los criterios lógicos, técnicos y de experiencia. Así lo explica: «[...] los términos “honor” o “dignidad” constituyen lo que en la terminología jurídico penal se denominan “conceptos normativos”, de carácter social, que, en definitiva, tienen un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término “concepto jurídico indeterminado” se incluyen multitud de supuestos), pero debe tenerse en cuenta que “no vulnera la exigencia de lex certa [...] la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada [...]» (Sentencia 151/1997, antecedente 9).

explicación del Tribunal Constitucional y del profesor José Neyra. El primero ha sostenido que «En el caso específico —actos reñidos con la moral y las buenas costumbres—, el grado de certeza exigible a la conducta prohibida puede ser complementado mediante las reglas básicas del sentido común, toda vez que la Moral es la ciencia que trata del bien en general».⁸¹ Comprendemos que para nuestro Supremo Intérprete, la máxima de la experiencia tiene un significado de sentido común.

En cambio, el profesor Neyra lo entiende como la experiencia de las personas: «Así pues, una máxima de la experiencia constituye una proposición, un juicio hipotético que tiene alcance a una generalidad de sucesos, que han sido captados empíricamente por la experiencia de las personas, y que para estas son verdaderas» (2000: 549-550).

En nuestro análisis, los sujetos que muestran las imágenes de las actividades sexuales explícitas del infante o adolescente o que exponen las imágenes de los genitales del menor real con fines sexuales, estos elementos objetivos, cuando son representados en cualquier material serán valorados negativamente por la interpretación del sentido común o por la experiencia de una amplia mayoría de personas porque son hechos perjudiciales para la intimidad e indemnidad de los menores. Siendo así, la máxima de la experiencia siempre se comprenderá desde un parámetro objetivo de acuerdo con una debida motivación de la resolución que evite ser arbitraria.⁸²

⁸¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia sobre el caso Senati interpuesta por Carol Luz Sáenz Contreras contra la resolución de la Primera Sala Especializada en lo Civil del Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima, Expediente 1182-2005-PA/TC, fundamento 15.

⁸² Sobre los parámetros objetivos, el Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116, fundamento 28 en su considerando 28 establece que «Sobre la base de una actividad probatoria concreta —nadie puede ser condenado sin pruebas y que estas sean de cargo—, y jurídicamente correcta —las pruebas han de ser practicadas con todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles—, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia —determinadas desde parámetros objetivos— y los conocimientos científicos; es decir, a partir de la sana crítica razonándola debidamente (principio de libre

Con respecto al tercer requisito, evaluaremos si el elemento pornografía infantil encuentra un sentido determinable en función al bien jurídico protegido por la norma penal.⁸³ En efecto, es importante resaltar que este concepto normativo es un término amplio, voluble, diseñado para impedir situaciones de impunidad, pues, es claro, que la naturaleza del bien jurídico y sus formas de afectación son mutables, es decir, adaptables a la comprensión que la sociedad le da en el tiempo y en el espacio.

En realidad, los bienes jurídicos protegidos (indemnidad sexual e intimidad del menor) justifican el elemento normativo pornografía infantil porque el método teleológico que es el fin de la protección de la norma pretende resguardar a los menores de 14 años de edad de las afectaciones a su indemnidad sexual, y también ampara a los menores de 18 años de edad de las lesiones a su intimidad ya que estas se caracterizan por su alta importancia como por su sensibilidad y vulnerabilidad. En estrecho vínculo con lo que venimos analizando, el Tribunal Constitucional ha interpretado que la Constitución

valoración con pleno respeto de la garantía genérica de presunción de inocencia: artículos VIII TP, 158°.1 y 393°.2 NCPP)».

⁸³ Utilizaremos el criterio del bien jurídico en la medida que los elementos normativos necesitan una valoración que pueda ser esclarecida por esta pauta. Al respecto, el doctor Urquiza sostiene: «[...] un criterio delimitador para captar el sentido y fin de los términos que no están claramente definidos o son vagos, lo encontramos en el bien jurídico» (2000: 86-87).

Frente a la publicidad y la distribución de la pornografía se debe proteger fuertemente a los menores de edad como lo explica la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 62/1982, fundamento 5: «[...] la pornografía no constituye para el Ordenamiento jurídico vigente, siempre y en todos los casos, un ataque contra la moral pública en cuanto *mínimum ético* acogido por el Derecho, sino que la vulneración de ese *mínimum* exige valorar las circunstancias concurrentes y, entre ellas, muy especialmente tratándose de publicaciones, la forma de la publicidad y de la distribución, los destinatarios —menores o no— e incluso si las fotografías calificadas contrarias a la moral son o no de menores, y el texto en la parte que se califique así trata de actuaciones o no de menores, pues no cabe duda que cuando los destinatarios son menores —aunque no lo sean exclusivamente— y cuando estos son sujeto pasivo y objeto de las fotografías y texto, el ataque a la moral pública, y por supuesto a la debida protección a la juventud y a la infancia, cobra una intensidad superior».

protege a los menores porque se trata de seres en formación.⁸⁴ Efectivamente, los bienes jurídicos solo lograrán su función de máxima protección a los infantes y los adolescentes menores de 18 años si utilizan las cláusulas abiertas o los conceptos abiertos, pero determinables.



⁸⁴ Sobre este punto, la sentencia del caso Ludesminio Loja Mori, Expediente 3330-2004-AA/TC, fundamento 35 precisa que «Se señala en la Constitución, artículo 4, que “la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente”. El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución les otorga radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas».

2.3. La compatibilidad de la cláusula general «exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios» con las garantías de taxatividad y tipicidad.

Evaluaremos el tercer criterio antes analizado con la garantía de taxatividad para determinar un sentido a la cláusula general «exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios». En efecto, el término en mención se ubica entre las conductas del tipo objetivo del delito de pornografía infantil del artículo 183-A del Código Penal de 1991.⁸⁵ Posteriormente, examinaremos esta cláusula general con la garantía de tipicidad

Consideramos adecuado analizarlo en este capítulo porque puede existir un cierto margen de indeterminación debido a que es una cláusula general, pero es necesario encontrar una compatibilidad con el principio de taxatividad.

Esto es, la cláusula que venimos examinando se define cuando el sujeto activo extrae del país con destino a otro el soporte pornográfico infantil para su posterior comercialización en el mercado sexual internacional.

En estrecha relación con lo que venimos explicando, el doctor Peña Cabrera sostiene que el concepto del verbo nuclear *exportar* es comprendido como «introducir en un país extranjero productos nacionales para su posterior comercialización» (2002: 203),⁸⁶ y el profesor Bramont-Arias asegura que la conducta de exportar se comprende «[...] cuando la persona extrae del país los objetos obscenos» (2001: 64, tomo 91).

⁸⁵ El tipo del artículo 183-A del Código Penal señala: «[...] exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios [...] en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa». Este artículo fue modificado por la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos.

⁸⁶ El mismo concepto se encuentra precisado en Peña Cabrera (2007: 415).

Igualmente, el doctor Salinas señala la configuración de la exportación del material pornográfico «[...] cuando el agente [...] saca del país con destino a otro, el citado material pornográfico» (2008: 323).

Con relación a los medios que el tipo penal requiere, estos deben entenderse como cualquier vía idónea, ya sea virtual, real y física, que permita la extracción de material pornográfico de nuestro país hacia otro. Es claro que el tipo penal examinado incluye también los medios tradicionales como transporte terrestre, aéreo, marítimo siempre que sean soportes físicos.

Como lo venimos anunciando, el examen de compatibilidad lo realizaremos con la garantía de taxatividad. Es decir, evaluaremos si la cláusula general encuentra un sentido determinable en función al bien jurídico protegido por la norma penal que en nuestro caso es la intimidad del menor de 18 años de edad. Esto es, para impedir situaciones de impunidad debido a la naturaleza del bien jurídico y sus formas de afectación mutables, es decir, adaptables a la comprensión que la sociedad le da en el tiempo y en el espacio.

En consecuencia, se puede superar la indeterminación de la cláusula general siempre que se entienda «cualquier medio para exportar» a cualquier medio físico, virtual o real que permitan el traslado o la transferencia de las imágenes pornográficas de los menores de 18 años de edad de un país a otro.

En este punto es importante además mencionar que, esta cláusula abierta «exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios» tiene la finalidad de proteger mejor el bien jurídico.

Esta cláusula también se legitima con la garantía de tipicidad cuando se relaciona con una interpretación analógica, esto es posible, en la medida que

mediante un razonamiento por semejanza permite que el tipo penal nos remita a otros ejemplos similares (tal como lo mencionamos en la página 70).

Entonces, como podemos apreciar, en esta cláusula abierta los medios físicos, los tradicionales nos remiten a otros ejemplos similares que podrán ser entre otros, los virtuales.



CAPÍTULO 3

LOS COMPORTAMIENTOS TÍPICOS DE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL DEL ARTÍCULO 183-A DEL CÓDIGO PENAL DE 1991

Es importante mencionar que en nuestra opinión las conductas delictivas del delito de pornografía infantil del artículo 183-A del Código Penal son comportamientos de lesión. Entre ellos están la fabricación, la distribución, la exhibición, el ofrecimiento, la comercialización o la publicación, la importación, la exportación y la difusión. Estos tipos penales no son conductas de peligro. En ese sentido, comprenderemos la lesión, como lo sostiene el profesor Doval Pais, como una *perturbación* a los bienes jurídicos carentes de sustancia física que es aplicable a nuestro estudio en particular a los bienes protegidos de la indemnidad sexual, la libertad sexual y la intimidad del menor⁸⁷. Ello implica

⁸⁷ En efecto, el artículo 183-A del Código Penal comprende los tipos de lesión. Nosotros respetamos el criterio del doctor Peña Cabrera cuando sostiene que «el tipo objetivo exige para su configuración la participación activa del menor de edad en el material pornográfico. Es decir, nos encontramos ante una instrumentalización del sujeto pasivo como portador del material pornográfico» (2007: 420).

Asimismo, para efectos de comprender el tipo de lesión mencionaremos el concepto de Doval Pais citado por la doctora Lopera Mesa: «Por lo general, la *lesión* es entendida como el menoscabo o la destrucción material del bien jurídico²⁵. Sin embargo, como advierte Doval Pais, conforme a este significado la lesión sólo puede estar referida a aquellos bienes jurídicos susceptibles de ser dañados de esta manera, lo que ocurre únicamente con aquellos que tienen una entidad corpórea, como la vida o la propiedad sobre bienes materiales. De ahí que, al lado de éste, [sic] se admita un significado más amplio de lesión, entendida como la producción de un determinado efecto sobre el bien jurídico, que se expresa con la idea de *perturbación*. Tal sería el concepto de lesión aplicable a los bienes carentes de una sustancia física, como el honor o la intimidad, así como a la gran mayoría de bienes colectivos, referidos a instituciones, relaciones o funciones sociales²⁶. Avanzando en esta dirección, puede precisarse que tal perturbación tiene lugar cuando, como resultado de la conducta típica, se crean impedimentos u obstáculos para el efectivo disfrute de un bien individual o colectivo (la libertad, el honor, el medio ambiente sano) o para el cumplimiento de una

que la *perturbación* impide u obstaculiza el efectivo disfrute de los bienes jurídicos mencionados.

En consecuencia, los diversos comportamientos del artículo 183-A del Código Penal perturban a algunos bienes jurídicos. Así, la conducta de fabricación de pornografía infantil lesiona la indemnidad sexual o la libertad sexual. En el primer caso, se perturba el proceso de evolución sexual del menor de 14 años de edad cuando terceras personas tienen al menor desnudo para grabar las imágenes de sus partes íntimas con fines sexuales o sus actividades sexuales explícitas.

En cambio, en el segundo caso, se perturba la funcionalidad de la autodeterminación sexual de los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 en contextos verticales si las relaciones sexuales se imponen en un contexto de cosificación, violencia, agresión o abuso sexual como de aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad del menor como la que ejercen, por ejemplo, los negocios ilícitos de las redes profesionales o las organizaciones internacionales de pornografía infantil. En estos casos, según el artículo 153 del Código Penal, puede tratarse de un delito de trata si se explota a los menores con fines sexuales.

Sin embargo, como lo mencionamos en la página 57 se afecta la intimidad del menor, ya no por el proceso de evolución normal sexual del menor sino, porque la visualización de imágenes implica una permanente invasión a la esfera sexual del menor. Ello significa que se perturba la intimidad por el que comercia, por el que distribuye, por el que difunde, en definitiva, por el que pone a disposición de otros la visualización de las imágenes de las partes

determinada función o prestación social, por ejemplo, cuando se impide u obstaculiza que la Administración de Justicia solucione un conflicto social». (2006: 396-397).

A continuación mencionaremos las citas señaladas por la doctora Lopera Mesa:

²⁵ La profesora Lopera cita a Juan Bustos, Teresa Rodríguez entre otros para explicar el concepto de lesión comúnmente entendido.

²⁶ Antonio Doval, *Delitos de fraude alimentario*, págs..259 y ss define particularmente un concepto de lesión referido a *perturbación*.

íntimas con fines sexuales o las actividades sexuales explícitas de un menor concreto.

Si estas conductas se presentan en los contextos verticales de cosificación, violencia, agresión o abuso sexual como de aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad de la víctima. En estos casos, según el artículo 153 del Código Penal, también puede tratarse de un delito de trata si se explota a los menores con fines sexuales.

Una vez analizado lo anterior, examinaremos a continuación las conductas típicas del delito de pornografía infantil contenidas en el artículo 183-A del Código Penal.

3.1. Promoción de material pornográfico

La conducta prohibida de promoción tiene amplios significados; sin embargo, podemos adelantar, en términos generales, que por *promoción* se entiende el acto de mover un objeto (entendido como el material pornográfico) de un ámbito a otro o mediante su difusión pública en el mercado sexual. En las siguientes líneas señalaremos las definiciones que compartimos sobre el concepto de este tipo delictivo, como aquella que sostiene el profesor Peña Cabrera, la cual comprende la promoción como un acto de mover un producto o propagarlo en el espacio comercial.⁸⁸ En este sentido, esta modalidad típica puede incluir, por ejemplo, al sujeto que incita públicamente para que terceros tengan el soporte pornográfico. En un sentido diferente a la definición anterior, se encuentra la que sostiene el doctor Bramont-Arias, para quien el acto de

⁸⁸ El doctor Peña Cabrera sostiene que el verbo nuclear *promover* «en el ámbito estrictamente comercial significa mover una mercadería o difundirla en el mercado» (2002: 203). La misma definición establece Peña Cabrera en (2007: 415).

promoción debe comprenderse como una instigación.⁸⁹ El doctor Salinas sostiene este mismo concepto de promoción que incluye la instigación.⁹⁰ En efecto, la doctrina entiende por *instigación (inducción)* la determinación de una persona a otra de la comisión de un delito (de modo interindividual y predeterminado). En consecuencia, esto no es promoción. Nosotros discrepamos respetuosamente de las definiciones de los doctores Bramont-Arias y Salinas, porque la promoción no se puede limitar ni a la instigación, ni a la venta. Esto es, no debemos confundir la promoción con la incitación o instigación que se recoge en el artículo 24 del Código Penal, porque la instigación es predeterminar a otro a cometer un delito. En cambio, el acto de promoción es una provocación general al público.

A continuación buscaremos un sentido al acto de promoción de pornografía infantil sobre la base de una interpretación sistemática de la promoción en otros tipos penales. Así, en el delito de trata, en el caso del verbo *promover* «[...] importa incentivar una actividad determinada, en este caso la trata de personas» (Peña Cabrera 2013a: 326). En cambio, en el delito de tráfico ilícito de drogas, la promoción se da cuando «[...] se trata de aquellas conductas que proporcionan una contribución esencial para que la droga ilegal pueda ser repartida en el mercado de consumidores, a su vez, para poder ser distribuida, para su posterior comercialización» (Peña Cabrera 2013b: 103-104).⁹¹

⁸⁹ El profesor Bramont-Arias precisa que el acto de promoción considera: «[...] al sujeto que incita a que otras personas tengan dichos objetos, no siendo necesariamente un vendedor» (2001: 64, tomo 91).

⁹⁰ El doctor Salinas explica el acto de promoción de la siguiente manera: «[...] cuando el agente incita, promociona o motiva la realización de objetos, libros, revistas, videos o cassetts en los que participan adolescentes realizando actos que en conjunto son calificados como libidinosos» (2008: 323).

⁹¹ A efectos de comprender el concepto de *promover*, el profesor Prado Saldarriaga explica el concepto de *promoción* para el caso de drogas: «Según Rodríguez Devesa, el sujeto activo debe, pues, ejecutar actos de fabricación o tráfico y, con ellos, promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas a potenciales usuarios (José María Rodríguez Devesa. Op. cit., p. 1023) [...]»

Sobre la base de las definiciones señaladas, consideramos que el acto de promoción comprende formas más generales y públicas como la provocación general al público sobre los materiales pornográficos fabricados. Esto implica que la promoción en los consumidores generará conductas de adquisición y posesión del material pornográfico. En cambio, la promoción en los distribuidores y en los comercializadores originará que estos incurran en la comisión de conductas prohibidas del artículo 183-A del Código Penal, esto es, la comercialización, la distribución, etc, sobre todo cuando repartan el material pornográfico en el mercado del sexo. En consecuencia, en nuestra opinión, el alcance de la conducta lesiva de promoción se orienta más a un acto de provocación —entendida esta como una tentativa de inducción—⁹² que a una inducción en sí misma.

3.2. Fabricación de material pornográfico

En la página 33 hemos propuesto un concepto interpretativo de pornografía infantil que comprende en la dimensión objetiva cualquier material visual que muestre las imágenes de las actividades sexuales explícitas del infante o

Como bien anota Carbonell Mateu el dispositivo que analizamos, criminaliza, en base a las conductas de fabricación o tráfico, todo el ciclo de la droga que facilita [promueve] el consumo de terceros. Entendiendo que se promueve el consumo, cuando este no se ha iniciado; que se favorece el mismo cuando se permite su expansión, y que se le facilita cuando se proporciona la droga a quien ya está iniciando el consumo» (1996: 240).

⁹² Nos referiremos a la tentativa de inducción para el caso español como lo explica el doctor Barja: «La inducción tiene que estar dirigida a lograr que el autor principal realice el hecho antijurídico. A esta afirmación suele añadirse la exigencia de que el inductor ha de obrar con una finalidad consumativa. Cuando el inductor no persigue la consumación sino únicamente la tentativa nos encontramos ante la figura del agente provocador [...] La inducción se castiga como tal desde que el autor empieza a realizar actos ejecutivos, es decir, desde la tentativa del hecho, de manera que hasta ese momento nos encontraremos bien ante la impunidad o bien, para quien defienda esa solución, ante la tentativa de inducción [...]» (2004: 371 y 378).

Entendemos que la instigación, la incitación y la inducción son sinónimos.

A propósito de lo mencionado, el artículo 24 del Código Penal precisa que «El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, será reprimido con la pena que corresponde al autor» (Decreto Legislativo 635).

adolescente o exponga las imágenes de los genitales del menor real. Y en la dimensión subjetiva abarca el propósito sexual de las situaciones descritas anteriormente con fines sexuales. Esta definición excluye el modo simulado para reducir los márgenes de ambigüedad en la interpretación del juez o fiscal.

Apreciamos que la conducta lesiva de fabricación presenta amplios significados; sin embargo, todos los autores comparten el hecho de que este comportamiento supone trabajar con el insumo, principalmente, con los menores de edad. En efecto, este concepto comprende la elaboración del material pornográfico con la presencia efectiva del menor de edad ya que se le utiliza directamente. Al respecto, el doctor Salinas afirma: «[...] cuando el agente, hace o realiza el citado material utilizando para tal efecto a los adolescentes» (2008: 323). Asimismo, el profesor Bramont-Arias entiende por *fabricación* la edición del soporte pornográfico con propósitos de obtener ganancia económica: «por fabricar se comprende el elaborar, producir dichos objetos, es decir, la persona que edita dicho material, normalmente con fines lucrativos» (2001: 64, tomo 91).⁹³ Compartimos en principio esta posición, aunque discrepamos en que la fabricación se limite a aquellos casos en que haya una finalidad lucrativa; sin embargo, resaltamos que esta conducta delictiva debe consistir en actos de registro de imágenes del cuerpo del menor realmente presente donde se muestran las imágenes de las partes íntimas del menor con fines sexuales o se expone públicamente al infante o adolescente que mantiene relaciones sexuales explícitas de estos.

Efectivamente, cabe recordar, como lo explicamos en la página 49, que en el caso de la fabricación de pornografía infantil ya se produciría la lesión al bien jurídico indemnidad sexual si el afectado es menor de 14 años. En cambio, como

⁹³ El doctor Sarmiento comparte los conceptos de *elaboración* y *edición* cuando sostiene que la conducta de fabricación «implica elaborar o producir y se relaciona con la actividad fabril de plasmación y procesado a soporte gráfico de las imágenes obtenidas. Consiste en un proceso previo a la publicación, distribución o suministro» (2008).

lo sostuvimos en la página 55, cuando se utiliza a la víctima adolescente de 14 años de edad y menor de 18 para mantener acceso carnal, se lesiona la libertad sexual respecto de la fabricación.

Es importante señalar que la fabricación de material pornográfico no solo se produce bajo modalidades domésticas, caseras; es decir, nos referimos al material que realizan los individuos aficionados que producen pornografía infantil. La fabricación de este tipo de material también puede comprender una estructura de las redes profesionales de producción de pornografía infantil⁹⁴ con distribución de funciones sobre la captación del insumo, es decir, la utilización de los menores que son filmados, captados en imágenes, volcados en soportes pornográficos, así como la edición de los materiales e incluso el copiado de estos. Esto significa que determinadas conductas de fabricación de pornografía infantil puede cometerlas una organización de pornografía infantil que puede ser internacional, lo cual explicaremos más adelante. Esta criminalidad organizada tiene entre sus características la tecnología a su favor y el cambio constante de su lugar de actuación.

3.2.1. La relación entre los delitos de fabricación de pornografía infantil con los actos contra el pudor del menor y la violación sexual del menor

En primer lugar, reflexionaremos sobre la modalidad concursal que se presenta entre la conducta de fabricación de material pornográfico del artículo 183-A del

⁹⁴ En particular, el doctor Monestier se refiere a las redes de producción de pornografía infantil en donde existe una distribución de funciones y un proceso de internacionalización: «[...] tratándose de redes profesionales de producción de pornografía infantil las cuales operan utilizando un sistema piramidal, en donde en el escalón más alto se sitúa la empresa productora, la cual es la encargada de realizar las películas de pornografía infantil, el siguiente paso consiste en enviar un máster a los diversos países a los cuales se las quiere exportar. El segundo nivel de la organización lo conforman cada uno de los países receptores, los cuales se encargan de realizar las copias del original recibido. Un tercer nivel las comercializa a través de un cuarto nivel que se encarga del contacto directo con los consumidores mediante pequeños anuncios cifrados en la prensa especializada, Minitel, Internet, sex-shops, librerías etc..., por lo general las copias se pueden encargar por correo electrónico o a través de un apartado postal» (Monestier, citado por De la Fuente 2008: 116-117).

Código Penal y los actos contra el pudor del menor de 14 años de edad del artículo 176-A de la norma sustantiva. En segundo lugar, examinaremos una segunda relación concursal entre el delito de actos contra el pudor del menor de 14 años de edad y menor de 18 años del artículo 176 del Código Penal con el delito de fabricación de pornografía infantil. En tercer lugar, analizaremos la modalidad concursal entre el delito de fabricación de pornografía infantil y el de violación del menor de 14 años del artículo 173 del Código Penal. Por último, evaluaremos una cuarta relación concursal entre el delito de violación del menor de 14 años de edad y menor de 18 años ubicado en el artículo 170 del Código Penal y el delito de fabricación de pornografía infantil. En nuestra consideración, en los cuatro casos se trataría de cuatro concursos ideales de delitos que explicaremos en las líneas siguientes.⁹⁵

Con relación al primer supuesto concursal ideal entre el delito de fabricación de pornografía infantil y los actos contra el pudor del menor de 14 años de edad, esta modalidad se realiza cuando un sujeto registra mediante video o fotografía la imagen de las partes íntimas de un menor de 14 años. Estamos frente a un hecho y dos delitos que son los actos contra el pudor del menor y que a la vez es un acto de elaboración de material pornográfico. Puede ser un delito de acto contra el pudor, cuando un tercero realiza actos eróticos en el infante, como

⁹⁵ Ciertamente, nos encontramos en un concurso ideal de delitos tal como se recuerda cuando un autor ejecuta un hecho delictivo que encaja en varios tipos penales de acuerdo con las tres exigencias señaladas por el profesor Prado: a) Unidad de acción, b) Pluralidad de tipos legales realizados y c) Unidad de autor (2000: 13).

Asimismo, el doctor Barreto sostiene que el concurso ideal requiere tres requisitos: «Estos requisitos son: i) la existencia de unidad de acción; ii) el cumplimiento de una pluralidad de tipos penales con la misma acción; y iii) que esta pluralidad de infracciones cometidas tutelen bienes jurídicos distintos, no discordantes (o sea que estos tipos penales puedan ser aplicados—in abstracto— sin excluirse entre sí)». Respecto del primer requisito sostiene que «[...] es necesario (a nuestro entender) referirnos no a cualquier clase de acción sino a una con relevancia social». Con relación al segundo requisito, el autor explica la posición de Jakobs señalando que «[...] El criterio sobre la base del cual fundamenta la unidad de acción es el sentido de coincidencia parcial de los requisitos de los distintos tipos llamados a concurrir [...]». Finalmente, el tercer requisito radica cuando: «[...] en la misma conducta se estén violando dos mandatos normativos con expectativas sociales diferentes» (Jakobs, citado por Barreto 2006: 40-41).

también cuando el menor desnudo está obligado a realizar sobre tercero o sobre sí mismo, tocamientos libidinosos en sus partes íntimas y si estos actos son grabados se configura el delito de fabricación de pornografía infantil.

Esta unidad de hecho afecta la indemnidad sexual del menor de 14 años de edad porque las garantías para que tenga un desarrollo sexual normal fueron perjudicadas.

Un segundo supuesto concursal ideal entre el delito de fabricación de pornografía infantil y los actos contra el pudor del menor de 14 años de edad y menor de 18 se presenta cuando un sujeto registra mediante video o fotografía la imagen de las partes íntimas de la víctima. Este único hecho es tanto un comportamiento de actos contra el pudor del menor, especialmente cuando medie violencia o amenaza en el adolescente, como también es un acto de elaboración de material pornográfico.

Un tercer supuesto concursal ideal entre el delito de producción de pornografía infantil y el de violación del menor de 14 años de edad se observa cuando las relaciones sexuales explícitas de la víctima se registran mediante video o fotografía. Esta unidad de hecho lesiona el bien jurídico indemnidad sexual. Además, según el artículo 153 del Código Penal, esta acción única genera la infracción a los dos tipos penales antes señalados y también puede tratarse de un delito de trata si se explota a los menores con fines sexuales. Esto significa que nos podríamos encontrar en un concurso ideal heterogéneo en la medida que la sola acción del acceso carnal con un menor de 14 años de edad podría configurar tres delitos diferentes: la fabricación de pornografía infantil, la violación sexual del menor de 14 años de edad y la trata de personas.

Finalmente, un cuarto supuesto concursal ideal entre el delito de producción de pornografía infantil y el de violación del menor de 14 años de edad y menor de 18 lesiona el bien jurídico libertad sexual. Se presenta cuando las relaciones

sexuales explícitas de la víctima se registran en un contexto coercitivo. Esta acción única infringe los dos delitos antes señalados y, según el artículo 153 del Código Penal, también podría tratarse de un delito de trata si se explota a los menores con fines sexuales. Esto significa que nos encontramos en un concurso ideal heterogéneo en la medida que la sola acción del acceso carnal con un adolescente de 14 años de edad y menor de 18 años puede configurar tres delitos diferentes: la fabricación de pornografía infantil, la violación sexual y la trata de personas.

Ahora bien, los actos contra el pudor del menor y la fabricación de pornografía infantil se acreditan con las grabaciones en video para efectos probatorios como lo explica la ejecutoria contenida en el Recurso de Nulidad 4352-2009-Arequipa en su fundamento noveno, la cual sostiene que:

«[...] se encuentra debidamente acreditado con el mérito de las actas de visualización de videos [...], en los que se observa las imágenes captadas con el celular del encausado [...], donde los menores se realizan tocamientos indebidos de manera mutua, evidenciándose que en todo momento el encausado los ha estado dirigiendo y filmando, sin ánimo de practicar el acto sexual [...]». (2012:101) (Las cursivas son nuestras)

3.3. Distribución de material pornográfico

En la doctrina, este comportamiento se entiende como la entrega del material pornográfico a varias personas. Como lo sostiene el doctor Sarmiento, por *distribución* deberá entenderse los actos de «[...] transmitir, hacer llegar el producto a sus adquirentes o destinatarios o repartir, hacer circular o entregar a otras personas» (2008). Estos actos no necesariamente incluyen el aspecto lucrativo. En efecto, este comportamiento ilícito no solo implica la venta, sino también el traslado de un lugar a otro del soporte pornográfico a los vendedores. De otra opinión, el doctor Bramont-Arias quien incluye el carácter oneroso en la entrega del material pornográfico y señala que está orientada a los «[...] vendedores o compradores» (2001: 64, tomo 91).

En mi opinión personal, compartimos la posición del doctor Sarmiento, en el sentido que la distribución no solo implica la venta, sino el desplazamiento del soporte pornográfico de un lugar a otro a los vendedores o consumidores en el mercado del sexo y no necesariamente con fines lucrativos.

Esta posición también es compartida por el doctor Salinas, quien sostiene que en la distribución confluyen las dos características de la onerosidad o la gratuidad: «[...] cuando el agente distribuye o reparte al público, ya sea gratuita o en forma onerosa el material pornográfico en que participan adolescentes» (2008: 323).⁹⁶ En conclusión, en la distribución se puede configurar tanto una distribución onerosa como una distribución gratuita.

Por otro lado, la distribución de pornografía infantil en el internet puede darse respecto de un número plural de usuarios. Y estos pueden ser consumidores indeterminados o desconocidos, o clientes privados y conocidos.

Ello implica que el hecho de compartir archivos de pornografía infantil en internet es parte de la distribución, como lo explica el doctor De la Rosa cuando sostiene que «[...] la conducta de los que comparten en la red archivos de pornografía infantil debe entenderse comprendida dentro del tipo de distribución» (2011: 73).

Sin embargo, tal como lo explica el profesor Fernández, existen matices en la tipificación de la distribución como son los casos de descarga de material pornográfico por internet puesta a disposición de terceros que podrían entenderse dentro de una distribución pasiva:

⁹⁶ Por otro lado, el doctor Morillas comprende que la conducta de distribución de pornografía infantil implica «[...] una oferta abierta al público hacia los vendedores, los compradores y demás partícipes del mercado sexual» (2005: 470).

Con relación a la distribución gratuita de material pornográfico, el doctor Fermín Morales sostiene que «[...] el video casero y la implantación de Internet han convertido la pornografía infantil en una “sofisticada industria casera” al alcance de muchos» (2002).

Cabe plantearse también si pueden ser subsumibles en el concepto de distribución aquellos supuestos en que, mediante una serie de programas, los usuarios de los mismos comparten todo tipo de archivos en tiempo real y en numerosos formatos con otros usuarios. La principal peculiaridad es que estos programas no necesitan un servidor central ya que usan una estructura descentralizada. El que lo descarga y ejecuta en su PC establece qué archivos propios quiere compartir con el resto de los usuarios del programa, los cuales inmediatamente pasarán a formar parte de una base de datos global, accesible a todos los que en ese momento estén conectados. A mi juicio, en estos supuestos nos encontramos una especie de distribución que, aunque pasiva, es formalmente típica, ya que, si bien el sujeto no envía el material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo. (2002: 264)

Este criterio de la distribución pasiva con relación al que descarga material pornográfico en el internet es compartido tanto por el profesor Morillas⁹⁷ como por el profesor Fernández. Ambos consideran, sin embargo, que no es en estricto una distribución «activa» de material pornográfico infantil, porque no se produce la entrega directa a los destinatarios por parte del poseedor, sino que este promueve la demanda de los consumidores para que accedan al soporte pornográfico.

Otra gama en la tipificación de la distribución son las conductas de intercambio o transmisión de soporte pornográfico infantil⁹⁸ que generan sucesivos canjes

⁹⁷ La descarga no es una distribución en sentido estricto como lo sostiene el profesor Morillas: «En virtud de este proceso no cabe hablar de distribución en sentido estricto por cuanto no se produce la entrega de forma directa por parte de un sujeto sino que otros acceden a una carpeta concreta con el permiso del titular —basta con detener la descarga de archivos para imposibilitar que un tercero obtenga tales imágenes—. En consecuencia, coincido con el planteamiento de Fernández Teruelo, quien califica este supuesto como “distribución pasiva” ya que si bien el poseedor no envía el material pornográfico a los destinatarios permite o faculta a que accedan al mismo». (Fernández Teruelo, citado por Morillas 2005: 284).

⁹⁸ La conducta de intercambio de material pornográfico puede incluirse en el tipo de distribución de material pornográfico como lo sostiene el doctor Morillas: «[...] bajo mi perspectiva particular, el intercambio de material pornográfico constituye un acto integrante de la cadena de tráfico en el sentido dado por el Tribunal Supremo y, en consecuencia, favorece la distribución de semejante iconografía entre una multitud de personas, máxime cuando este tipo de material, normalmente fotografías, suele guardarse en el disco duro o

con otros materiales. Ello implica que entre los usuarios se comparten y se intercambian los archivos de pornografía infantil a cambio de un nuevo material. En efecto, esta situación de intercambio de pornografía infantil (que puede ser masivo) se subsume en el tipo de distribución de pornografía infantil.

En ese sentido, es importante hacer una precisión entre esta modalidad de intercambio masivo de pornografía infantil donde se comparten archivos de pornografía infantil a cambio de otros con el hecho de que alguno de estos intervinientes sean integrantes de una organización dedicada a la pornografía infantil (último párrafo del artículo 183-A del Código Penal) como, por ejemplo, los miembros de la asociación para distribuir pornografía infantil que puede ser incluso internacional.

Ciertamente, en el caso del intercambio masivo de pornografía infantil cada miembro de este grupo de individuos actúa de acuerdo con sus instintos sexuales, no necesariamente se conocen, no es una agrupación permanente, no existe un pacto previo entre ellos que distribuya funciones para intercambiar y compartir pornografía infantil.

Entonces, si bien la distribución podría conllevar una pluralidad de intervinientes, esta conformación grupal de individuos no necesariamente supone la existencia de la organización criminal en el caso de la distribución. Esto es así, teniendo en cuenta que la presencia de un miembro de la

soporte magnético similar volviendo a ser utilizado como medio de intercambio u obtención de nuevas imágenes» (2005: 469).

El autor cita el criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de mayo de 1989 (RJ 1998/4223) que indica que «la donación, incluso en las formas más simples de regalo o invitación, queda incluida en el concepto de tráfico jurídico, pues equivale el mismo a transmisión de una cosa a otra u otras personas, pero, por cualquier título, es decir, tanto de una forma onerosa o gratuitamente, total o parcialmente, directa o indirectamente, porque los donativos desinteresados y de escaso monto, sin ánimo de lucro, y sin lograr ganancia alguna, cumplen una misión facilitadora del consumo, fomentando el mismo, y creando necesidad y adicción, contribuyendo así a fomentar una clientela [...]».

organización criminal dedicada a la pornografía infantil es una agravante del último párrafo del artículo 183-A del Código Penal.

En consecuencia, no se adecúa la conducta de intercambio masivo de pornografía infantil a la agravante del último párrafo del artículo 183-A del Código Penal,⁹⁹ porque esta va dirigida al integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil como, por ejemplo, aquel miembro que pertenece a la asociación para distribuir pornografía infantil. En este caso, se deben probar las características de permanencia, distribución de roles, los acuerdos determinados.¹⁰⁰ Asimismo, se debe verificar la existencia de la

⁹⁹ La agravante del penúltimo párrafo del artículo 183-A del Código Penal señala que «[...] si el agente actúa en calidad de integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil, la pena privativa de libertad será no menor de doce ni mayor de quince años». Este artículo 183-A del Código Penal fue modificado por la Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos.

El artículo 183-A del Código Penal sanciona severamente la condición del sujeto activo cuando es miembro de una organización dedicada a la pornografía infantil.

Al respecto, el doctor Salinas sostiene que «[...] Aquí estamos ante una agravante por la condición o cualidad del agente. La agravante se configura cuando el autor o coautor cometen el delito de pornografía infantil en calidad de integrante de una organización destinada o dedicada a realizar esta actividad. El término organización abarca todo tipo de agrupación de personas que se reúnen y mínimamente se organizan para cometer delitos y en este caso, a efectuar material pornográfico con la finalidad de obtener provecho patrimonial indebido.

El agente será integrante de una agrupación delictiva cuando haya vinculación orgánica entre este y aquella, concierto de voluntades entre el agente y los demás confortantes de la organización y vinculación funcional entre el agente y el grupo. Configurándose la agravante cuando el autor o coautores actúe en nombre o por disposición del grupo [...]» (2008: 324-325).

¹⁰⁰ El artículo 317 del Código Penal señala: «El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

La pena será no menor de ocho ni mayor de quince años [...] en los siguientes casos:

a) Cuando la organización esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos [...] 183-A [...] del Código Penal [...]» (Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos).

De acuerdo con el artículo 317 del Código Penal, la Asociación Ilícita para delinquir presenta las características de una agrupación estructurada con fines delictivos, que tenga duración en el tiempo, no es necesario que haya una distribución de funciones. Según el Acuerdo Plenario 4-2006/CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia Peruana que precisa las notas esenciales del artículo 317 del Código Penal, por organización criminal debe entenderse : «[...] el indicado tipo penal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación —a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia o estabilidad y (c)

organización dedicada a la pornografía infantil y la filiación del integrante a esta.

Sin embargo, la agravante del último párrafo del artículo 183-A del Código Penal sí se aplicará en los casos de intercambio masivo y frecuente cuando el agente sea integrante de una organización dedicada a la pornografía infantil con las características de permanencia, distribución de roles.

Sobre la base de lo que venimos explicando, es importante aclarar la noción de la organización criminal del artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (en adelante, La Convención de Palermo):

Para los fines de la presente Convención:

- a) Por «grupo delictivo organizado» se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;
- b) Por «delito grave» se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;
- c) Por «grupo estructurado» se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones

número mínimo de personas sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo» Corte Suprema de Justicia de La República IV Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitorias y Especial. *Acuerdo Plenario 4-2006/CJ-116*. Fundamento jurídico 12. 18 de julio de 2008.

El Tribunal Supremo español sostiene que el legislador define la organización como: «[...] un conjunto de tres a más malhechores y les exige una mínima estructura y coordinación. Esto supone que el concepto de organización lleva implícito un pacto previo en el que se diseñen los modos o formas de actuación, la estructura jerárquica, el reparto de papeles y la continua o frecuente comunicación entre sus componentes.

Atribuir todas estas condiciones a una persona que excitada por sus inclinaciones sexuales, actuando en la intimidad de su domicilio, se incorpora a la red y facilita o participa en lo que, en términos internautas se denomina “Chat”, me parece una desmesura difícilmente aceptable por el derecho penal» (Resolución 913/2006, fundamento 8).

formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada;

d) Por «bienes» se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

e) Por «producto del delito» se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

f) Por «embargo preventivo» o «incautación» se entenderá la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un tribunal u otra autoridad competente;

g) Por «decomiso» se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente;

h) Por «delito determinante» se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención;

i) Por «entrega vigilada» se entenderá la técnica consistente en dejar que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar delitos e identificar a las personas involucradas en la comisión de estos;

j) Por «organización regional de integración económica» se entenderá una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la que sus Estados miembros han transferido competencia en las cuestiones regidas por la presente Convención y que ha sido debidamente facultada, de conformidad con sus procedimientos internos, para firmar, ratificar, aceptar o aprobar la Convención o adherirse a ella; las referencias a los «Estados Parte» con arreglo a la presente Convención se aplicarán a esas organizaciones dentro de los límites de su competencia.

Seguidamente señalaremos los elementos básicos de la Convención de Palermo que definen la organización criminal:

- Está conformada por un grupo de tres o más personas que cometen delitos graves. En cambio, la asociación ilícita para delinquir está constituida por dos o más personas.

- Es una organización permanente, aunque no sea jerarquizada. Esto es, la Convención de Palermo diferencia dos tipos de organizaciones delictivas: la

primera es la estructura jerarquizada para cometer delitos (crimen organizado, grupos delincuenciales que cometen otros delitos). En cambio, la segunda se encuentra bajo los términos del artículo 317 del Código Penal (la Asociación Ilícita para delinquir) porque puede cometer delitos. Como anteriormente lo citamos, el Acuerdo Plenario 4-2006 señala entre sus características las siguientes: la relativa organización, la permanencia o estabilidad, y el número mínimo de personas (de dos a más). En consecuencia, la diferencia entre los dos tipos de organizaciones criminales (la de estructura jerarquizada y la asociación ilícita para delinquir) es la comisión del delito, es decir cuando se cometió y la conformación de sus integrantes.

- En la organización criminal debe existir una distribución de las funciones.
- La organización perdura durante cierto tiempo, aunque «sus miembros van pasando pero ella sigue existiendo, se va renovando y adaptando a los nuevos tiempos» (Arbulú 2013). Es decir, existe la fungibilidad, se cambian unos miembros por otros.
- La finalidad es el lucro económico.
- «Tecnología flexible al delito y variedad de medios para delinquir: [...] emplea la amenaza, la extorsión [...], entre otros delitos, en su actividad diaria» (Arbulú 2013). Además, la doctora Ana Parra agrega que «Los recursos [...] propiciados por las tecnologías de información y comunicación [...] contribuyen a que la delincuencia que actúa como criminalidad organizada multiplique sus posibilidades delictivas [...] actúe con absoluta impunidad en la medida que recurre entre otros recursos a lenguajes cifrados o encriptados de los sistemas informáticos» (2011: 69-70).
- «Internacionalidad y movilidad: Trata de extender su acción criminal internacionalmente. Cambia constantemente de “zonas de actuación” cuando por razones estratégicas le interesa» (Arbulú 2013). Es importante resaltarlo,

porque las organizaciones internacionales de pornografía infantil cambian su lugar de acción para fabricar, comercializar, distribuir, difundir, etcétera.

El artículo 2 de La Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado, menciona algunas de estas características que hemos explicado:

1. [...] se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley.
2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal. (Las cursivas son nuestras)

Esta Ley contra el Crimen Organizado se ajusta a los parámetros de la Convención de Palermo. En efecto, comparten las características de la organización criminal que explicamos anteriormente. Ahora subrayamos que estas particularidades están descritas en el Reglamento de la Fiscalía Especializada en Criminalidad Organizada¹⁰¹ cuando señala que están compuestas por un grupo de tres o más personas, permanente en el tiempo, que actúa concertadamente con la finalidad de cometer uno o más delitos. *Observamos que este Reglamento aporta la cualidad de la especial complejidad.*

La Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado, en su artículo 3 incluye entre las conductas prohibidas el asesinato, el secuestro, la trata de personas, pero

¹⁰¹ La competencia de la Fiscalía Especializada en Crimen Organizado está señalada en el artículo 5 de su reglamento. A continuación la citamos: «La Fiscalía Especializada en Criminalidad Organizada tiene competencia en la investigación de delitos de Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de Activos, Terrorismo, Corrupción de Funcionarios Públicos, Tráfico Ilícito de Armas, Trata de personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, siempre que sean cometidos por organizaciones criminales y que revistan especial complejidad. Se entiende por organización criminal al grupo estructurado de tres o más personas, permanente en el tiempo, y que actúa concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos previstos en el primer párrafo de este artículo» (Ministerio Público 2007: artículo 5). (Las cursivas son nuestras).

también comprende en su artículo 3, inciso 6, al delito de pornografía infantil (artículo 183-A del Código Penal). Este artículo prohíbe las conductas de fabricación, comercialización, distribución, difusión que puede cometer cierta organización de pornografía infantil ya sea nacional o internacional.

3.4. Exhibición de material pornográfico

De acuerdo con los autores consultados, estos coinciden en que la exhibición comporta una puesta del material pornográfico para la vista de los destinatarios que pueden ser una o varias personas. En este sentido, el doctor Sarmiento sostiene que esta conducta se refiere a «[...] mostrar material de carácter pornográfico infantil a otra persona(s)» (2008). De igual manera, el doctor Peña Cabrera sustenta que el significado de este comportamiento es «[...] exponer, mostrar o poner un objeto a la vista de las personas» (2002: 203).

Asimismo, en esta línea de interpretación, el doctor Bramont-Arias precisa que la conducta de exhibir «[...] comprende el mostrar dichos objetos a otras personas» (2001: 64, tomo 91), y el doctor Peña Cabrera explica que la conducta de exhibición consiste en «[...] mostrar el material pornográfico, teniendo como destinatarios normalmente a una pluralidad de personas» (Rodríguez, citado por Peña Cabrera 2007: 415). En otras palabras, el doctor Salinas esclarece que esta conducta de exhibir se configura «[...] cuando el autor o agente exhibe o enseña al público el material pornográfico en el cual participan adolescentes» (2008: 323).

En consecuencia, el delito de exhibición de pornografía infantil es una conducta que muestra el material ilícito a un público que consiste en número determinado de personas. Este material comprende las imágenes grabadas de los genitales con fines sexuales o las relaciones sexuales del menor en forma explícita. Debemos resaltar que en esta conducta ilícita no se exhibe el material

pornográfico con la presencia del menor porque las imágenes son registradas. En cambio, en la conducta ilícita de realizar espectáculos en vivo de carácter pornográfico con personas de 14 años de edad y menores de 18, la víctima está presente.

Por otra parte, esta modalidad de exhibición puede también utilizar el internet como medio de comisión del delito teniendo presente los dos requisitos establecidos por los fundamentos de derecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid 64/2001 del 28 de febrero (JUR 2001/ 127260). Estos requisitos consisten en lo siguiente: *a)* mantener la exhibición del material pornográfico en internet y *b)* la exhibición de la pornografía infantil desborda el uso personal y reservado. A continuación la citamos:

[...] El tipo delictivo aplicado no se comete solo por la introducción del material pornográfico en Internet, sino también por el mantenimiento de su exhibición [...]
Que la actividad que desarrollaba el acusado excedía del mero uso personal y reservado de pornografía infantil [...]¹⁰²

Ahora bien, la diferencia entre la conducta de exhibición de pornografía infantil y la distribución pasiva de pornografía infantil en el internet consiste en que, en la primera, el receptor o destinatario debe estar presente cuando se le muestra el material pornográfico infantil. Un ejemplo es el caso en el que se exhibe el material pornográfico infantil mediante el Skype, *software* que facilita las comunicaciones de las personas en el internet y con el que se puede emplear tanto texto, imagen y voz. En consecuencia, cuando se muestren las imágenes de los genitales con fines sexuales o las relaciones sexuales del menor en forma

¹⁰² El doctor Morillas señala que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 64/2001 del 28 de febrero (JUR 2001/127260) se pronuncia sobre la conducta de exhibición de material pornográfico infantil del imputado José María S. G en el internet cuando creó la dirección electrónica <<http://www.arrakis.es/~txunda/index2.htm>> para lucrar con el acceso al contenido del soporte pornográfico en esta página web mediante un sistema de suscripción trimestral o anual cobrando al público usuario 1400 pesetas al trimestre. La duración de esta dirección electrónica fue desde noviembre de 1998 hasta el 21 de julio de 1999 cuando fue detenido este sujeto activo (2005: 284-285).

explícita a través del Skype, tanto el emisor como el receptor deben estar presentes en el internet.

En cambio, en la distribución pasiva de pornografía infantil en el internet, el receptor o destinatario puede o no estar presente, como sucede en el caso de los canales de televisión como YouTube que muestran las imágenes digitales de los genitales de los menores con fines sexuales o las relaciones sexuales de los infantes o adolescentes en forma explícita en la web y posibilitan que los destinatarios accedan fácil y masivamente a una descarga.

3.5. Ofrecimiento de material pornográfico

No todos los autores que trataron este tema coinciden en lo que respecta a la naturaleza del ofrecimiento del material pornográfico. Comprendemos que esta conducta de ofrecer no implica necesariamente un compromiso de terceros por adquirir el material pornográfico. Por ofrecimiento interpretamos cualquier promesa al público de dar el soporte pornográfico tanto para obtener una ganancia económica como para hacerlo gratuitamente.¹⁰³ En este esclarecimiento del tipo de ofrecimiento, el doctor Bramont-Arias define el ofrecimiento como la promesa de entregar cuando señala al «[...] sujeto que promete dar los objetos obscenos» (2001: 64, tomo 91),¹⁰⁴ y el doctor Peña Cabrera resalta el carácter oneroso de la conducta prohibida cuando aclara que este tipo penal se comprende como el «introducir en el mercado un

¹⁰³ Sobre el concepto de oferta al público, el doctor De la Puente y Lavalle sostiene: «Se considera generalmente oferta al público la propuesta dirigida a personas indeterminadas (el público en general) o a un grupo de ellas (por ejemplo, los miembros de un Colegio profesional) para celebrar un indefinido número de contratos, que pueden ser de un solo tipo o de varios tipos. También puede darse el caso que se trate de un solo contrato que desea celebrarse con cualquier persona que esté dispuesto a hacerlo. Lo característico de estas operaciones es que el proponente no sabe con quiénes las va a celebrar» (2001: 234)

¹⁰⁴ En la definición del doctor Sarmiento, esta conducta se entiende como «[...] el comprometerse a entregar los materiales pornográficos» (2008).

En nuestra opinión, este criterio del doctor Sarmiento no permitiría delimitar los tipos penales de exhibición con el de ofrecimiento, porque se necesitarían criterios adicionales para la aplicación de estas dos modalidades.

determinado objeto para una posterior adquisición por parte de los consumidores» (2002: 203).¹⁰⁵ El doctor Salinas comparte parcialmente este último concepto cuando explica que «[...] el agente brinda, propone, oferta o plantea al público la venta o entrega gratuita u onerosa del material pornográfico» (2008: 323). Tal como se evidencia, la definición del doctor Salinas no se limita al carácter oneroso de la oferta, sino que también la entiende como gratuita. Entonces, comprenderemos que el ofrecimiento abarca lo oneroso y lo gratuito como cualquier propuesta que presente el material pornográfico al público, sin necesidad de que este tenga la expectativa de que sea oneroso o gratuito.

Un punto importante es diferenciar la modalidad de exhibición y de ofrecimiento porque pueden confundirse. En efecto, observamos que en la conducta de exhibición se muestra el material pornográfico a terceras personas, pero no necesariamente para que lo adquieran otros sujetos. En cambio, en la conducta de ofrecimiento de material pornográfico, el sujeto activo orienta su conducta a la oferta de dicho material a un público indeterminado para que se obtenga de modo oneroso o gratuito.

3.6. Comercialización de material pornográfico

Entendemos que la comercialización del material pornográfico infantil implica una onerosidad dado que la venta, la negociación o la subasta conllevan una ganancia pecuniaria en el mercado sexual. A continuación señalaremos los criterios que compartimos sobre esta definición. En efecto, para el doctor Peña Cabrera, el significado de la conducta «comercializar material pornográfico» consiste en «dar un carácter comercial a una mercadería, ingresarla al tráfico mercantil y obtener finalmente una ganancia» (2002: 203).¹⁰⁶ En estrecha relación

¹⁰⁵ Peña Cabrera sostiene la misma definición en (2007: 415).

¹⁰⁶ Peña Cabrera sostiene la misma definición en (2007: 415).

con lo señalado, para el doctor Bramont-Arias, el comportamiento examinado comprende «el vender a título oneroso» (2001: 64, tomo 91).¹⁰⁷ En este sentido, para el doctor Salinas, esta conducta se configura cuando «[...] el agente trafica, negocia, subasta o vende el citado material» (2008: 323). Finalmente, el doctor Morillas sostiene que la venta de material pornográfico contempla una «[...] oferta abierta al público» (2005: 470).¹⁰⁸

En consecuencia, de las definiciones señaladas anteriormente es posible concluir que la comercialización supone actos de tráfico oneroso, lo que no solo conlleva actos de venta, sino otros actos de introducción del material pornográfico en el mercado sexual que impliquen ventaja económica o lucro como por ejemplo, el alquiler de material pornográfico infantil, la permuta.

Cabe hacer una precisión entre los actos de comercialización y los de ofrecimiento. Si bien es posible entender como comercialización los actos de ofrecimiento de material pornográfico, estos solo serán tales si tienen pretensiones lucrativas. Este elemento permite diferenciar el supuesto de comercialización de la modalidad de ofrecimiento que no necesariamente requiere esta finalidad.

3.7. Publicación del material pornográfico

Estamos de acuerdo con los autores consultados cuando coinciden en afirmar que el comportamiento de publicar material pornográfico infantil consiste en la difusión del soporte a un público indeterminado en el mercado sexual mediante cualquier medio idóneo que puede ser impreso o de imagen como en el propio

¹⁰⁷ La conducta de comercializar es interpretada por el doctor Sarmiento como: «dar a un producto las condiciones y vías de distribución para la venta» (2008). No compartimos este criterio, porque se necesitan precisiones adicionales para esclarecer la comercialización de la distribución.

¹⁰⁸ Entre los otros actos de introducción del material pornográfico en el mercado sexual que impliquen ventaja económica o lucro están el trueque, la permuta.

internet. Efectivamente, el doctor Peña Cabrera define esta conducta como «hacer pública una obra o artículo mediante la palabra impresa. El objetivo es la difusión a un gran número de personas» (2002: 203).¹⁰⁹ En este sentido, el profesor Bramont-Arias señala que la conducta de publicar se produce «[...] cuando el sujeto difunde por un medio social el objeto material del delito» (2001: 64, tomo 91). Finalmente, para el doctor Salinas, la publicación del material pornográfico se configura «[...] cuando el agente edita o imprime el citado material para ponerlo en circulación» (2008: 323). Discrepamos respetuosamente del criterio del doctor Salinas respecto a que «el agente edite el material pornográfico para ponerlo en circulación en la conducta de publicación», porque —como lo señalamos— la edición está presente en la fabricación de pornografía infantil. Es decir, no consideramos que la edición sea parte de la publicación de pornografía infantil, porque, en el caso de la edición, se trabaja con el insumo; en cambio, en el caso de la publicación, estamos frente a un producto final que se difundirá en el mercado sexual.

Evidentemente hay diferencias entre la conducta de publicar y de exhibir. En la primera, el soporte pornográfico infantil se difunde sin necesidad de inmediatez, a un número indeterminado de personas a través de los medios de difusión, entre los que tenemos el CD, los libros, la televisión, el internet. En cambio, en la segunda, el material pornográfico infantil se muestra con cierto grado de inmediatez a una pluralidad de personas, pero no está pensado para un número indeterminado. A manera de ejemplo: se puede apreciar una forma de publicación de pornografía infantil en el internet cuando los individuos utilizan el Twitter, que es una red en el internet para las comunicaciones de

¹⁰⁹ El criterio citado está presente en Peña Cabrera (2007: 415).

No compartimos el criterio de la difusión hacia el público sostenida por el doctor Sarmiento cuando explica que esta conducta consiste en «[...] poner lo producido al alcance de un número indeterminado de personas para que puedan verlo o apreciarlo, o bien difundir el objeto para la generalidad [...]» (2008). Sobre el particular, consideramos que esta reflexión no permitiría delimitar las conductas de publicidad y de exhibición y se necesitarían precisiones adicionales para esclarecer los conceptos.

texto corto, la cual también puede usarse para publicar videos pornográficos a través de la herramienta conocida como Vine.¹¹⁰

3.8. Importación de material pornográfico

Los autores consultados coinciden en señalar que la conducta de importación de material pornográfico infantil existe cuando el sujeto activo ingresa el soporte pornográfico infantil extranjero al territorio patrio para su posterior difusión en el mercado del sexo. En efecto, el doctor Peña Cabrera sostiene que la conducta de importar material pornográfico debe entenderse «[...] cuando se introduce en el territorio nacional mercadería de procedencia extranjera para su ulterior comercialización» (2002: 203).¹¹¹ En estrecha relación con lo señalado, respecto a que existe importación de material pornográfico, el doctor Bramont-Arias comparte este criterio y lo explica así: «[...] cuando la persona interna [en el] país los objetos obscenos» (2001: 64, tomo 91). Finalmente, para el doctor Salinas, la importación del material pornográfico se configura «[...] cuando el agente hace ingresar al país [...] el citado material pornográfico» (2008: 323).¹¹² En definitiva, la importación de material pornográfico infantil físico presupone el ingreso o el traslado de la mercancía extranjera de un país al nuestro eludiendo los controles fronterizos.

En cambio, en las conductas de comercialización e intercambio de pornografía infantil no interesa el cruce de los límites fronterizos, así como tampoco tiene

¹¹⁰ Así lo ha expresado el diario *Trome*: «Tuiteros subieron imágenes pornográficas a través de la nueva herramienta “Vine”. [...] Vine es una herramienta que puede servir para publicar información, compartir saludos [...]». (2013).

¹¹¹ Peña Cabrera maneja el mismo criterio en (2007: 415).

¹¹² La pornografía infantil mediante el internet es una modernización de antiguas formas delictivas como lo sostiene el doctor Morillas: «[...] debe considerarse a la pornografía infantil a través de la Internet una manifestación de delincuencia informática en su sentido criminológico pero nunca en su concepción jurídica pues quedaría excluida de la misma [...] en tanto no es más que una modernización de antiguas formas delictivas, no considerándose un tipo informático de naturaleza propia» (2005: 112).

mayor importancia para estas modalidades si se trata de un soporte de pornografía infantil físico o virtual.

3.9. Difusión de pornografía infantil

De acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*, *difundir* comprende «propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.».

El análisis de la difusión es importante porque el artículo 183-A del Código Penal fue modificado por la Ley 30096. Esto ocasiona dos consecuencias que examinaremos a continuación. En primer lugar, el incremento de la pena privativa de libertad que será no menor de diez (10) años ni mayor de doce (12) años, y de cincuenta (50) a trescientos sesenta y cinco (365) días de multa cuando: *a)* El menor tenga menos de 14 años de edad y *b)* El material pornográfico se difunda a través de las tecnologías de la información o de la comunicación. En segundo lugar, esta norma legal tipifica y sanciona la difusión separada de las conductas prohibidas del artículo 183-A del Código Penal (ello es así, porque son tipos penales autónomos según la Ley 30096) entre ellas, la posesión y la fabricación.

Como se aprecia el tipo penal utiliza las tecnologías de la información o de la comunicación (TIC) para divulgar el material pornográfico. Entonces comprenderemos que las TIC son «[...] el conjunto de tecnologías que permiten el acceso, producción, tratamiento y comunicación de información presentada en diferentes códigos (texto, imagen, sonido, ...)» (Belloch s. a.: 1).

La *difusión* implica una serie de actos de trasmisión de la información, es decir, la divulgación comprende una vocación permanente de que el material pornográfico infantil sea conocido por más personas con la colaboración de las tecnologías de la información o de la comunicación.

Entonces, la *difusión* se diferencia de la *distribución* porque, la segunda no supone diversos momentos de transmitir la información, sino, actos más concretos o individuales de entrega o colocación de material pornográfico infantil.

En efecto, al tratar la *distribución* explicábamos que los casos de descarga de material pornográfico infantil por internet puesta a disposición de terceros podrían entenderse dentro de una concepción amplia de la modalidad de distribución. En cambio, con las conductas de intercambio o transmisión de soporte pornográfico infantil se generan canjes sucesivos con otros materiales. Ello implica que se comparten y se intercambian los archivos de pornografía infantil a cambio de un nuevo material. Por ello, esta situación de intercambio masivo de pornografía infantil se subsume en el tipo de distribución de pornografía infantil.

En especial, la *difusión de pornografía infantil* se diferencia por su *elemento objetivo*, el cual permite que el público tenga acceso al material pornográfico infantil. Ello implica que la difusión tiene una amplia potencialidad distinta de otros tipos penales del artículo 183-A del Código Penal entre ellos la distribución. Al respecto, podemos interpretar que en la sentencia 105/2009, tercer fundamento de derecho del Tribunal Supremo español el elemento objetivo se entiende como una «redifusión de la difusión». A continuación lo citamos:

Y claro es que puede darse por acreditada tal actividad de difusión cuando las imágenes que se reproducen son de una cantidad tan ingente que puede entenderse existe una especie de «redifusión» de las mismas, desde el ordenador del sujeto activo de este delito, al poner de nuevo en la red un enorme material que se ha ido «recopilando» en variadas ocasiones por el autor. (Las cursivas son nuestras)

También la *difusión* cuenta con el *elemento subjetivo*, esto es, el dolo eventual. Es decir, que el sujeto activo conozca que si usa un programa informático, este permitirá que terceros accedan al material pornográfico infantil. El Tribunal

Supremo español en la sentencia 680/2010, tercer fundamento de derecho lo explica así:

Pero también es típico «facilitar» la difusión o la exhibición de esas imágenes que, en lo que al dolo se refiere, basta con que sea eventual, es decir que el agente actúe con conocimiento de la previsibilidad de que la utilización del programa permite el acceso a terceras personas del material así obtenido.

Entonces, apreciamos que para analizar la conducta de *difusión* debe observarse caso por caso la existencia de los elementos objetivo y subjetivo, tal como se ha pronunciado el Tribunal Supremo español en el Acuerdo del 27 de octubre de 2009 sobre el facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil (alcance del artículo 189.1 b) del Código Penal): «Una vez establecido el tipo objetivo del art.189.1.b) del C. Penal, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descargar los archivos».¹¹³

A continuación diferenciaremos la conducta de *difusión* de la de *exhibición de material pornográfico*. En este sentido, para el caso español, la sentencia 50/2002, primer fundamento de derecho de la Audiencia Provincial de Jaén sostiene que la conducta de difusión usa a los menores de edad en la red y prolonga la presentación del material pornográfico: «El tipo delictivo citado no se comete solo por la introducción del material pornográfico con la utilización de menores en internet, sino también por el mantenimiento de su exhibición, como realizaba el acusado, y así se desprende de la amplia documentación intervenida [...]».

¹¹³ Para el Tribunal Supremo español los automatismos de la red informática P2P (peer to peer o de persona a persona) son archivos compartidos que permiten descargar los archivos de pornografía infantil de internet en la computadora y, al mismo tiempo, el mismo programa permite colocar los archivos de la computadora de quien hace la descarga en la red. Este caso de las redes P2P parecería ser un caso de distribución de pornografía infantil por el hecho de compartir, intercambiar, descargar archivos, pero creemos que no es así por las razones expuestas en la difusión de pornografía infantil y por el Acuerdo del Tribunal Supremo español que citamos anteriormente.

Recordemos que los componentes de la *exhibición* son los siguientes: a) mantener la exhibición del material pornográfico en internet y b) exhibir la pornografía infantil desborda el uso personal y reservado.

En cambio, la Audiencia de Jaén señala que los elementos de la *difusión* son los siguientes: a) el material pornográfico con menores en el internet y b) el mantenimiento de la exhibición.

Insistimos que la *difusión* a diferencia de la *exhibición*, está orientada a que el material pornográfico infantil sea conocido por más personas.

También debemos resaltar que la intimidad del menor es el bien jurídico afectado por la conducta de *difusión*. Sin embargo, el caso español es particular, como lo explica el profesor Uriarte Valiente cuando indica que la difusión y el consumo de pornografía infantil están directamente relacionados con el abuso sexual del infante. Ello significa que ambos tipos penales protegen la indemnidad del menor. A continuación lo citamos:

1. La difusión de pornografía infantil contribuye de manera directa y determinante a que se lleven a cabo conductas de abuso y agresión sobre los menores de edad, fomentando este tipo de prácticas y sustentando la desviación sexual de los pederastas mediante el consumo de pornografía infantil.
2. El consumo y difusión de pornografía infantil se encuentra directamente relacionado con el abuso sexual directo sobre el niño, no solo porque el consumo del material es el que genera su producción, sino también porque la difusión se produce normalmente entre quienes ya han abusado de algún menor, reforzando su comportamiento y, además, sirve en último término para acercar, primero a la pedofilia y después a la pederastia, a quienes toman contacto por primera vez con este tipo de material.
3. Parece evidente que la persecución penal del consumo y la difusión de la pornografía infantil constituye una de las formas más directas y eficaces de proteger la indemnidad sexual de la infancia, sobre todo desde el momento en que se puede afirmar la íntima y directa conexión que existe entre la pedofilia y la pederastia.

4. El consumo y difusión de pornografía infantil no constituye nunca una actividad solitaria pues, siempre y en todo caso, habrá un niño perjudicado por la conducta, bien en el mismo momento del consumo —el niño cuya indemnidad sexual fue agredida al producir la pornografía infantil y que vuelve a serlo cada vez que esa fotografía se difunde—, bien en un momento posterior, al abusar sobre un menor concreto el pederasta que desarrolló su desviación a través de la pedofilia. Además, el bien jurídico protegido es atacado gravemente cada vez que se permite cualquier tipo de actividad que conduce finalmente al abuso sexual sobre el menor. (2010: 4-5)

Recordemos que en la página 37, el profesor Peña Cabrera explicaba la idoneidad de las imágenes del material pornográfico y la aptitud dañosa de este mediante su divulgación. Ello implica que la lesión a la intimidad del menor de edad aumenta en la medida que crece la difusión de los materiales pornográficos, porque muestran las imágenes de las partes íntimas del menor con fines sexuales o exponen públicamente las imágenes del infante o adolescente cuando mantienen relaciones sexuales explícitas.

Ahora bien, la diferencia entre la *publicación* y la *difusión* de pornografía infantil consiste en que mediante la primera se hace público el material pornográfico (la imagen de las actividades sexuales explícitas de un menor de edad o la exhibición de sus partes íntimas con fines sexuales); esto significa que un número indeterminado de personas lo conoce. En cambio, la segunda, la *difusión*, implica atraer a los consumidores las veces que sean necesarias para que conozcan las fotos o los videos del material pornográfico, para lo cual se colocan estos en las redes sociales del internet (Twitter, Facebook, YouTube o Google).

3.10. Realización de espectáculos en vivo de carácter pornográfico con personas de 14 años de edad y menores de 18

En este comportamiento delictivo una o varias personas organizan los eventos o puestas en escena en vivo de índole pornográfico con personas de 14 años de edad y menores de 18 frente a un público determinado.

Sin embargo, el consumidor no tiene el dominio de la financiación del espectáculo como lo sostiene el profesor Boldova: «[...] Así, el mero consumidor de un espectáculo de pornografía infantil (espectador o adquirente de estos productos), no se puede considerar autor de la financiación de la pornografía o del espectáculo infantil ya que este no tiene el dominio del hecho» (Boldova, citado por Parra 2011: 198).

Entre las características relevantes del espectáculo en vivo de carácter pornográfico tenemos la presencia de la víctima adolescente de 14 años de edad y menor de 18, también es determinante que el público de estos eventos esté presente físicamente y que tengan acceso inmediato con los menores. No importa si el lugar donde los menores se exhiben es un ámbito público o privado, así como tampoco interesa el número de personas que conforman el público de este tipo de espectáculo. Al respecto, la doctora Ana Parra comenta que en el caso español los espectáculos exhibicionistas o pornográficos requieren lo siguiente:

- i) es necesaria la participación directa del menor como objeto sexual provocador, ii) no requiere que el evento sea registrado o grabado en soportes y posteriormente ser difundidos a tercero; iii) tampoco es necesario que exista colaboración —forzada o voluntaria— entre víctima y autor; y, iv) que no se requiere de publicidad del acto, pues incluye la exclusiva contemplación por parte del autor. (2011: 196)

En efecto, la función abierta al público supone necesariamente la presencia física del adolescente para exigirle que exhiba sus genitales y realice

movimientos lascivos para efectuar poses eróticas en clara ausencia de valores artísticos, literarios o pedagógicos.¹¹⁴

Estos actos conllevan la afectación de la libertad sexual del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 siempre y cuando sea lesionada en los contextos de cosificación, violencia, agresión o abuso sexual, como también de aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad del menor. En estos casos, según el artículo 153 del Código Penal, puede tratarse de un delito de trata si se explota a los menores con fines sexuales.

Es evidente que existe una diferencia entre la modalidad de espectáculo en vivo que exige la presencia física del menor y la modalidad de exhibición de pornografía infantil, pues en este último caso no se exige la presencia física del menor expuesto.

En consecuencia, realizar espectáculos en vivo de carácter pornográfico con la participación del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 es un delito de lesión porque afecta el bien jurídico libertad sexual. Ahora bien, podría existir un concurso ideal entre los delitos de espectáculo en vivo de carácter pornográfico del artículo 183-A del Código Penal y el de acto contra el pudor

¹¹⁴ Los espectáculos en vivo de carácter pornográfico con la participación activa de adolescentes mayores de 14 años de edad y menores de 18 se producen cuando las y los adolescentes son actores que realizan poses sexuales provocativas y de violencia en las representaciones teatrales o escénicas para un determinado público, tal como lo sostiene el doctor Peña Cabrera: «Es toda aquella representación teatral o escénica, dirigida a un determinado público y que contiene escenas de alto contenido erótico. Para que la conducta pueda ser considerada típica, el espectáculo debe tener como requisito indispensable la presencia de un menor de edad como actor del mismo. De lo que se trata es de hacer actuar a menores en espectáculos que pueden ser vistos por terceros, con un contenido pornográfico (Donna, citado por Peña Cabrera (2007: 418). Hay que valorar la representación, no todo desnudo en sí [sic] va a poder ser considerado como pornográfico. Debe de suponer una mezcla de sexualidad y violencia, el que se esté utilizando al menor como un mero objeto de ingrediente sexual, lo que algunos catalogan como: “Pornografía Dura”» (Peña Cabrera 2007: 418-419). Debo advertir, que en mi opinión personal no necesariamente los espectáculos en vivo de carácter pornográfico con personas de 14 años de edad y menores de 18 presuponen violencia.

del artículo 176 del mismo cuerpo sustantivo. Esta modalidad concursal se produce cuando mediante violencia o grave amenaza se le obliga al adolescente de 14 años de edad y menor de 18 a que exhiba sus genitales frente a dos o más personas. Estos tipos penales pueden lesionar el bien jurídico libertad sexual. Sin embargo, las diferencias entre ambos vienen dadas por los medios comisivos y el espacio. En el primer caso, en los actos contra el pudor del artículo 176 del Código Penal, se desvalora la violencia y la grave amenaza en la víctima. En cambio, en los espectáculos en vivo de carácter pornográfico, el agraviado puede ser afectado por mayores supuestos, como lo señalamos líneas arriba. En el segundo caso, el delito de actos contra el pudor se produce en un espacio privado, pero los espectáculos en vivo no solamente se pueden desarrollar en los ámbitos particulares, sino también en los públicos. La consecuencia punitiva a este concurso de delitos es la que establece el Código Penal.¹¹⁵

También podríamos encontrarnos con un concurso ideal heterogéneo en la medida que se exhiban los genitales del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 mediante la violencia y la grave amenaza a la víctima en un contexto vertical durante un espectáculo. Esto significa que se configuran tres delitos diferentes: el espectáculo en vivo de carácter pornográfico, los actos contra el pudor y la trata de personas.

Ahora bien, si se trata de espectáculos en vivo de carácter pornográfico con menores de 14 años de edad, el artículo 183-A del Código Penal establece formas agravadas de protección que implica el aumento de pena privativa de la libertad no menor de doce (12) ni mayor de quince (15) años.

¹¹⁵ La Ley 30096 publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 22 de octubre de 2013 modificó las penas del delito que venimos comentando. Así lo señala: «[...] O realiza espectáculos en vivo de carácter pornográfico, en los cuales se utilice a personas de catorce y menos de dieciocho años de edad, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa».

3.11. La posesión de material pornográfico y el principio de proporcionalidad

En las siguientes líneas nos referiremos a la naturaleza de la posesión y diferenciaremos sus clases. Concluiremos este capítulo con el examen de la legitimidad de la posesión de pornografía infantil y la confrontaremos con el principio de proporcionalidad.

3.11.1. El concepto de *posesión*

Comúnmente se asocia la *posesión* con tener algo. Respecto de la posesión de pornografía, el doctor Peña Cabrera sostiene que el verbo nuclear *poseer* de este delito significa «tener algo en su poder. Detentar una relación de hecho con una cosa u objeto» (2002: 203). En estrecha relación con lo señalado, el profesor Peña Cabrera sostiene que el verbo *poseer* también implica una posesión para la divulgación cuando lo explica del siguiente modo «[...] que en este caso debe estar relacionado con su divulgación, ingreso al mercado» (2007: 415).¹¹⁶ También, el propio doctor Peña Cabrera sostiene que: «[...] en todo caso, la posesión por ejemplo debe manifestar una inequívoca intencionalidad de poner en circulación el material pornográfico» (2014: 635). Estos criterios del doctor Peña Cabrera los reflexionaremos en la posesión de material pornográfico infantil orientado al tráfico. Finalmente, el doctor Salinas explica que la conducta de poseer material pornográfico aparece: «[...] cuando el agente o

¹¹⁶ En efecto, en el derecho civil por *posesión* se entiende tener una relación de facto, una relación de hecho entre el objeto y el bien. Al respecto, el artículo 896 del Código Civil señala: «La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad». Ahora bien, en el derecho penal la posesión es entendida como un delito de acción en el criterio de Juan Cox: «[...] La posesión sigue representando cierto control sobre una especie, y el control da cuenta de una actividad por parte de quien lo ejerce. En la medida en que la tenencia de una cosa dentro de una esfera de custodia supone el ejercicio de una actividad, da lugar a un proceso dinámico que se prolonga en el tiempo. Por eso no sólo resulta contraintuitivo afirmar que quien posee una cosa hace, sino que también ello es erróneo. El mantenimiento de una cosa dentro de cierto espacio es un hacer, con independencia de si el agente está permanentemente llevando a cabo actos específicos en relación con ella»(2008:175)

autor tiene en su poder libros, objetos, escritos, imágenes visuales o auditivas en los que participan adolescentes tanto varones como mujeres cuyas edades oscilan entre los catorce y dieciocho años de edad» (2008: 322).¹¹⁷ Como lo explicamos en la página 37, no compartimos la expresión de «imagen auditiva», esta contiene una contradicción y la «imagen visual» es una redundancia. Es evidente que el tipo lesivo de posesión de pornografía infantil exige para el derecho penal un tener de hecho, es decir, un tener desde una relación fáctica con el bien, pero no necesariamente es un vínculo de derecho. En consecuencia, comprenderemos que la posesión o el tener de hecho el material pornográfico lesionan la intimidad del menor porque en los propios materiales pornográficos se muestran las imágenes de las partes íntimas del menor de edad con fines sexuales o se expone públicamente al infante o adolescente que mantiene relaciones sexuales explícitas.

3.11.2. Las clases de posesión de material pornográfico

A partir de los conceptos señalados anteriormente se pueden producir dos formas lesivas de posesión en el artículo 183-A del Código Penal que consisten, en primer lugar, en la posesión para el propio consumo y, en segundo lugar, en el modo de posesión para el tráfico. Ello a pesar de que observamos que el tipo penal de posesión de pornografía infantil no distingue entre ambas modalidades señaladas.

3.11.2.1. La posesión de material pornográfico infantil destinado al consumo

Los alcances de esta posesión comprenden la tenencia del soporte pornográfico infantil para el consumo personal obtenido mediante algunos mecanismos como la compra, la donación e inclusive el intercambio de material pornográfico entre los pedófilos. Sobre lo explicado, el profesor Bramont-Arias

¹¹⁷ Con relación a lo señalado, se debe tener presente que el artículo 183-A del Código Penal contiene supuestos agravados cuando se trata de menores de 14 años de edad.

sostiene que «[...] se sanciona el poseer que se configura cuando el sujeto tiene en su poder el objeto material, por ejemplo, a la persona que tiene una revista pornográfica donde aparecen menores de edad» (2001: 64, tomo 91). Esta postura se refiere al consumo, pero no necesariamente al tráfico de pornografía infantil.

Debemos resaltar que cuando la posesión de pornografía infantil se da en contextos horizontales y es para el propio consumo, se dispone válidamente de la libertad sexual y la intimidad del adolescente de 14 años de edad y menor de 18. En estos casos estamos frente a conductas de posesión de pornografía infantil atípicas por el consentimiento de la víctima, en la medida que al adolescente no se le trate como objeto sexual, ni se le someta a los contextos verticales de explotación sexual.¹¹⁸

En cambio, cuando la posesión de pornografía infantil se da en los contextos verticales y está orientada al tráfico no resulta válido el consentimiento del menor. Esto es, cuando existan situaciones que lesionen la libertad sexual y la

¹¹⁸ La posesión en los contextos horizontales es atípica, como lo explica la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de la Unión Europea del 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil en el artículo 3, apartado 2, letra b) cuando resalta que: «Cualquier Estado miembro podrá excluir de responsabilidad penal las conductas relacionadas con la pornografía infantil: b) Contempladas en los incisos i) y ii) de la letra b) del artículo 1, cuando en los supuestos de producción y posesión, se produzcan y posean imágenes de niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el consentimiento de los mismos y exclusivamente para su uso privado. Aun en el caso de que se demuestre que ha habido consentimiento, este no se considerará válido si se ha obtenido valiéndose, por ejemplo, de una mayor de edad, madurez, posición, estatus, experiencia o relación de dependencia de la víctima con el autor»

Debemos señalar que el artículo 1, apartado b), letra i) y letra ii) de este instrumento internacional señala: «A los efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por pornografía infantil, cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual:

- i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o de la zona púbica de un niño, o
- ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)».

Para efectos de entender los alcances de la pornografía infantil hemos señalado que asumiremos el concepto del artículo 1, apartado b), letra i) porque la pornografía infantil requiere de una víctima que sea real y que esté presente.

intimidad del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 como son los supuestos de cosificación, violencia, agresión o abuso sexual, como también de aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad de las víctimas.

3.11.2.2. La posesión de material pornográfico infantil orientado al tráfico

Tanto la demanda como la oferta están dirigidas en un «ida y vuelta». Es importante recordar esto, porque veremos que la posesión para el tráfico de pornografía infantil es parte la organización de la oferta de terceras personas (que puede ser a nivel internacional) para satisfacer la demanda de sexo infantil que necesita utilizar a los menores de edad como insumos. Esto implica que por un lado, la demanda (los consumidores) presionan sobre la oferta. Y por el otro, la oferta, promueve la demanda. Este círculo genera un riesgo: la búsqueda y selección de los menores como insumo de material pornográfico.

Por otro lado, la posesión para el tráfico de pornografía infantil la comprenderemos sobre la base de una interpretación sistemática del Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116, referido al Tráfico Ilícito de Drogas, el cual aborda el acto de tráfico que se vincula con los actos de comercio y se relaciona con las conductas de transporte, comercio y donación.¹¹⁹ Y también recurriremos al concepto *tráfico* del tráfico ilícito de drogas sustentado por Tribunal Supremo español para comprenderlo como cualquier tipo de transmisión onerosa o

¹¹⁹ Como lo sostiene el Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116, fundamento jurídico 9 de las Salas Penales Permanente y Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia del Perú, los actos de tráfico del artículo 296 del Código Penal comprenden: «[...] dentro del ciclo que involucra, el transporte de las mismas. [...] El tráfico —enderezado a la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas— se refiere a todo acto de comercio, de negociación o de transferencia de bienes —delictivos en este caso—, y comprende las diversas actividades que le son inherentes, entre ellas las de distribución y de transporte, que en este último supuesto ha de entenderse el acto de desplazamiento de dichas sustancias de un lugar a otro, con independencia de la distancia, el medio utilizado y la forma de posesión».

gratuita.¹²⁰ Por lo explicado, entenderemos que la posesión para el tráfico de pornografía infantil se logra mediante la transmisión onerosa o gratuita de la oferta (que comprendería entre otras las conductas típicas de fabricación, donación, venta, distribución o promoción) para hacer efectiva la tenencia o la relación fáctica del material pornográfico con las imágenes de las partes íntimas del menor mostradas con fines sexuales o cuando se expone públicamente al infante o adolescente que mantiene relaciones sexuales explícitas.

En este punto, los efectos del delito de pornografía infantil son similares a los del delito de tráfico ilícito de drogas en la medida que ambos generan grandes cantidades de dinero, tal como lo sosteníamos con las explicaciones de los doctores França y Delgado (véase la página 24) y también con las argumentaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (véase la nota 22). Es claro, que estos ingresos ilícitos permiten financiar actos de corrupción para el provecho particular en perjuicio del estatal, como es evitar la clausura de local comercial por venta de material pornográfico, tal como lo mencionaremos en la página 154.

Entonces, por los argumentos que venimos sosteniendo la conducta de posesión para el tráfico de pornografía infantil lesiona directamente la intimidad del menor de 18, así como también afecta indirectamente la libertad sexual del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 y la indemnidad sexual del menor de 14 años.

¹²⁰ El concepto de *tráfico* implica el lucro, la donación, y debe entenderse en sentido amplio como lo señala el fundamento de derecho segundo de la sentencia 440 del Tribunal Supremo español que precisa: «[...] el concepto de tráfico, no debe entenderse, en sentido restringido y meramente mercantil sino en el más amplio de cualquier género de transmisión a título oneroso o gratuito [...]».

La sentencia citada se refiere al tráfico de drogas, pero para efectos didácticos hemos señalado la parte pertinente.

Sin embargo, un caso particular que configurará la oferta es el de un consumidor asiduo de pornografía infantil que posee materiales pornográficos para vender e instiga a terceras personas para que los adquieran.

Anteriormente, el profesor Peña Cabrera reflexionaba sobre la relación entre la posesión y la difusión, esto es, con el ingreso del material pornográfico infantil al mercado y, también, el propio doctor Peña señalaba que la posesión debe tener una intención de que el material pornográfico circule.

Respetuosamente discrepamos con el profesor Peña, para quien es solamente punible la posesión destinada al tráfico. Al contrario, nosotros creemos que debe sancionarse en el tipo de posesión de pornografía infantil tanto la orientada al propio consumo como la dirigida al tráfico; sin embargo, los casos de la posesión preordenada a la divulgación de pornografía infantil no pueden deducirse a partir de presupuestos cuantitativos señalados en el delito del tráfico de drogas porque los parámetros cuantitativos que la sancionan en el Código Penal no se aplican para la posesión de pornografía. Al respecto, el doctor De la Rosa explica lo siguiente:

[...] A efectos de inferir el ánimo de difusión no pueden utilizarse los parámetros propios del tráfico de droga, es decir, no puede, a partir de determinada cantidad de material pornográfico poseído, deducirse el ánimo de difusión [difusión], pues no siendo este material consumible, es perfectamente posible que el acopio aún de grandes cantidades de material responda a un afán meramente coleccionista, que por lo demás es frecuente en este tipo de infractores. (2011: 87)

En efecto, determinados pedófilos o pederastas poseen pornografía con fines coleccionistas. No obstante ello, se necesitará de la prueba indiciaria para determinar la posesión de pornografía que puede colaborar con la distribución de esta como lo indica el profesor Uriarte:

[...] Podrán valorarse no obstante otras circunstancias indiciarias que rodean a la posesión para inferir la finalidad de las misma, como pudieran ser conversaciones mantenidas con otros consumidores en

las que se anuncia la distribución, o participación en actividades que requieren distribución (comunidades virtuales de intercambio, p. ej.) o en definitiva, el venir distribuyendo de manera efectiva la pornografía infantil. (Uriarte, citado por De la Rosa 2011: 87)

E incluso los indicios pueden esclarecer la finalidad traficante del poseedor como lo sostiene el profesor Begué cuando se encuentre por ejemplo el «formato “master” de la grabación, tenencia de útiles aptos para la creación y difusión de copias, etc.» (Begué, citado por Morillas 2005: 292).

En el caso español, apreciamos que si no se puede sancionar por la difusión de pornografía infantil, se logrará una condena por la posesión de pornografía infantil. En otras palabras, cuando se trata de condenar válidamente, sino se logra por los diversos tipos penales del artículo 183-A del Código Penal, una última opción a considerar es la posesión de pornografía infantil. Por ello, la tenencia cumple un rol dinámico del principio de proporcionalidad, como lo explica el doctor De la Rosa: «un buen número de sentencias que absuelven por difusión condenan por posesión, de modo que este último tipo, tan denostado doctrinalmente, está cumpliendo una importante función como dinamizador del principio de proporcionalidad» (2011: 88).

3.11.3. El análisis de la posesión de material pornográfico desde el principio de proporcionalidad

El *ius puniendi* del Estado debe ejercerse con ciertos límites, entre ellos el de proporcionalidad para la tipificación de un comportamiento como delito y la imposición de las sanciones penales. Analizamos este principio material para examinar la legitimidad del tipo penal de la prohibición de la posesión de material pornográfico tanto para el propio consumo como el destinado para el tráfico de pornografía infantil. Esto es, la modalidad de la posesión de material pornográfico es susceptible de ser cuestionada en su legitimidad constitucional porque se estaría penalizando comportamientos muy alejados de la lesividad

del bien jurídico protegido. Estos aspectos los analizaremos más adelante. Al respecto, el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia del caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses, Expediente 2192-2004-AA/TC, fundamento 15 ha reconocido el principio de proporcionalidad y lo ha diferenciado de la razonabilidad aunque ambos mantienen relaciones estrechas:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3° y 43°, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.¹²¹

Una vez aclarada la diferencia entre la razonabilidad y la proporcionalidad es importante mencionar que el principio de proporcionalidad permite a todo intérprete constitucional examinar la colisión de los principios constitucionales contenidos en una norma penal con argumentos a favor y en contra de la intervención del legislador en los derechos fundamentales de cualquier ciudadano. Al respecto, la doctora Lopera señala:

¹²¹ Además, nuestro Supremo Intérprete define la razonabilidad como «[...] un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias». (Sentencia del caso Rodolfo Luis Oroya Gallo contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente 00535-2009-PA/TC, fundamento 16).

Debemos señalar que existen previamente a esta sentencia otras en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el principio de proporcionalidad, y posteriormente desarrollaremos este acápite.

En definitiva, el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales. (2005: 40)¹²²

De acuerdo con lo señalado, la utilidad del principio de proporcionalidad permite dilucidar conflictos de principios constitucionales con razones a favor y en contra de una intervención específica del legislador en los derechos fundamentales del imputado, esto es, la tipificación de una conducta prohibida penalmente. En este orden de ideas, es competencia del legislador penal la tipificación de los comportamientos ilícitos, en especial, en relación con nuestro caso, el delito de posesión de pornografía infantil (en sus dos modalidades: para el propio consumo y el orientado al tráfico) que incide directamente sobre el bien jurídico intimidad del menor e indirectamente sobre la libertad e indemnidad sexual.

En consecuencia, observamos un aparente conflicto de derechos fundamentales con la tipificación de la modalidad del delito de posesión de material pornográfico infantil que consiste en la colisión entre, por un lado, el derecho a la intimidad del menor de 18 años e indirectamente el derecho a la libertad sexual (cuando se trata de adolescentes de 14 años de edad y menores de 18) o la indemnidad sexual (en los menores de 14 años). Y, por el otro lado, el

¹²² También debemos resaltar otra interpretación del principio de proporcionalidad como principio justiciable comprendido como cierta norma jurídica de aplicación obligada para magistrados como lo sostiene Barnés: «[...] debemos señalar que se trata de *un principio justiciable*, no solo porque en nuestro ordenamiento cuenta con un reconocimiento normativo expreso en el último párrafo del artículo 200 de nuestra Constitución, sino sobre todo, porque lejos de tratarse de un criterio interpretativo no vinculante, *constituye una verdadera norma jurídica de aplicación obligatoria por los jueces y tribunales*» (Barnés, citado por Indacochea 2008: 33, tomo 2). (Las cursivas son nuestras).

derecho a la libertad sexual de los adultos con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad en la autodeterminación sexual de los adultos como también en la esfera del derecho a la intimidad del adulto, así como su derecho a la libertad ambulatoria. Entonces, el examen del legislador abarcará la compatibilidad de la prohibición de la posesión de material pornográfico con la exigencia del principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Estos criterios son importantes para un análisis sobre la legitimidad de la modalidad delictiva de posesión.

Efectivamente, la proporcionalidad la aplican en diferentes circunstancias todos los operadores jurídicos. Con relación al legislador, este principio se aplica en el momento de la creación de la tipicidad penal, como lo explica la profesora Aguado cuando señala: «[...] en el momento de creación del Derecho por los legisladores como en el de su aplicación por los jueces o tribunales e incluso en el momento de la ejecución de la pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria» (1999: 114).

Además, los posibles excesos del legislador penal serán controlados por el Tribunal Constitucional. Al respecto, el doctor Javier Adrián alega que en el caso del Código de Justicia Militar Expediente 0012-2006-PI/TC nuestro Supremo Intérprete precisa la relación entre el legislador penal y el Tribunal Constitucional en el sentido que:

[...] la punibilidad de conductas y la fijación de sanciones, al implicar una intervención en los derechos fundamentales, puede ser controlada por el Tribunal Constitucional (se controla el exceso de severidad de las medidas) [...] Es aquí donde se hace necesaria la utilización de mecanismos como el principio de proporcionalidad, ya sea para controlar aquellas leyes penales en las que se manifiestan los excesos en los que incurre el legislador o para controlar aquellas leyes que despenalizando ciertas conductas evidencian la desprotección de

derechos fundamentales o bienes constitucionales cuya protección es exigida por la Constitución. (2008: 83 y 87, tomo 8)

En efecto, el Tribunal Constitucional controla los excesos o la desprotección de ciertos derechos o bienes constitucionales definidos por el legislador penal mediante el principio de proporcionalidad que permite analizar las decisiones del legislador. Más adelante desarrollaremos los criterios de esta sentencia sobre el Código de Justicia Militar acerca de los subprincipios del principio de proporcionalidad.

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional peruano sobre el caso Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses, Expediente 2192-2004-AA/TC, en el fundamento 15 anteriormente mencionado (véase la nota 121), el principio de proporcionalidad posee tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, los cuales define la profesora Aguado de la siguiente manera:

Desde nuestro punto de vista [...] se puede hablar de un principio de proporcionalidad en sentido amplio que se descompone en tres subprincipios o, en la terminología del Tribunal Constitucional [de España], hablar de un principio cuya aplicación es regida por tres condiciones: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Tal y como ha concretado el Tribunal Constitucional [de España] estas condiciones, cabe decir que en virtud del primer subprincipio, la medida ha de ser apta para alcanzar el fin pretendido. La necesidad de la medida implica que no se podría optar por otra igualmente eficaz, que no gravase o lo hiciese en menor medida los derechos afectados. En último lugar, el sacrificio que se impone al derecho correspondiente debe guardar un razonable equilibrio o proporción con los bienes jurídicos que se pretenden salvaguardar.

Los tres subprincipios en los que cabe descomponer el principio de proporcionalidad en sentido amplio, los concretaremos en el ámbito del Derecho penal de la siguiente forma. En primer lugar, el principio de idoneidad requiere que el Derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se persigue. El principio de necesidad en Derecho penal se concreta, por una parte, en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y, por otra, en el principio de intervención mínima con los

dos postulados que lo integran: última ratio y carácter fragmentario del Derecho penal. El principio de proporcionalidad en sentido estricto viene a coincidir con el principio de proporcionalidad de las penas y el principio de proporcionalidad de las medidas, tal y como ha sido entendido tradicionalmente por la doctrina. (1999: 147-148)

Conforme lo citado, el principio de proporcionalidad se puede entender en sentido amplio con sus tres subprincipios (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto). Cada uno de estos los describiremos y señalaremos posteriormente el alcance de cada uno y luego los aplicaremos cuando examinemos la legitimidad del tipo penal de posesión de pornografía infantil. Asimismo, en la definición del Tribunal Constitucional español se lo concibe como un principio regido esencialmente por tres exigencias. Como mencionamos líneas atrás, este principio es aplicable por el legislador al momento de la creación del derecho. De existir posibles excesos, estos son controlados por el Tribunal Constitucional, como lo sostiene el doctor Bernal cuando afirma:

[...] el Tribunal Constitucional utiliza el principio de proporcionalidad para construir las soluciones correspondientes a los casos sobre los cuales debe pronunciarse. Cada una [sic] [Cada uno] de los subprincipios de la proporcionalidad proyecta una vinculación sobre el Legislador, por efecto de la cual, si una intervención legislativa en los derechos fundamentales no resulta idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto, debe ser declarada inconstitucional. (2003: 512)

En ese sentido, en las siguientes líneas aplicaremos el principio de proporcionalidad para analizar la legitimidad constitucional del tipo penal referido a la prohibición de la posesión de material pornográfico infantil.

3.11.3.1. Idoneidad

El primer subprincipio que es la exigencia de idoneidad o «análisis de adecuación» (Cianciardo, citado por Indacochea 2008: 35, tomo 2)¹²³ fue definido anteriormente por la profesora Aguado como una exigencia de aptitud del derecho penal para que proteja el bien jurídico con una medida penal para obtener la finalidad que se busca. Por ello, es importante diferenciar entre objetivo y fin para entender que el primero es el estado de cosas que se busca lograr con la intervención penal. Por ejemplo, el objetivo busca alcanzar que no haya más consumo de pornografía infantil. En cambio, el segundo puede ser el bien jurídico que se satisfaría si se obtuviera dicho estado de cosas como lo sostiene la doctora Indacochea (Medina, citado por Indacochea 2008: 35, tomo 2).¹²⁴ Un ejemplo sobre el fin está orientado a proteger el bien jurídico intimidad del menor.

En ese sentido, la exigencia de idoneidad es entendida por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 045-2004-PI/TC como un análisis del medio de la intervención legislativa y el fin determinado por el legislador.

Se trata de un examen en la relación medio-fin conforme lo señala nuestro Supremo Intérprete en la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el

¹²³ La doctora Indacochea sostiene sobre el análisis de adecuación que «[...] implica verificar que la medida sea adecuada, útil o idónea para alcanzar la finalidad que persigue, lo que ocurrirá si es capaz de conducir a un **estado de cosas** en que la realización de dicha finalidad se vería aumentada, en relación con el estado de cosas existente antes de la medida» (2008: 35, tomo 2).

¹²⁴ Sobre la diferencia entre el medio y el fin, la doctora Indacochea sostiene: «En este punto, conviene efectuar la distinción entre el objetivo y el fin de una medida. El primero sería el **estado de cosas** concreto que se pretende alcanzar con ella, mientras que el segundo sería aquel principio fundamental —que puede ser un derecho fundamental u otro bien jurídico— que se vería satisfecho en mayor medida, si se obtuviera dicho estado de cosas» (2008: 35, tomo 2).

artículo 3 de la Ley 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, Expediente 0045-2004-PI/TC, fundamento 38: «[...] La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin [...]».

En efecto, la idoneidad exige investigar si el tipo penal y si la pena son medios adecuados para proteger al bien jurídico como lo sostiene la profesora Lopera: «[...] [la] cual requiere indagar si tanto la definición de la conducta prohibida en el tipo penal como de la sanción asociada a su incumplimiento constituyen medios aptos para contribuir a la protección del bien jurídico que opera como fundamento de la intervención penal del legislador [...]» (2006: 239-240).

En este sentido, la idoneidad exige investigar si la posesión de pornografía infantil (tanto para el propio consumo como el orientado al tráfico) y si la imposición de la pena privativa de libertad de seis (6) a diez (10) años y con ciento veinte (120) a trescientos sesenta y cinco (365) días multa son los medios adecuados para proteger los bienes jurídicos: la intimidad del menor e igualmente la libertad y la indemnidad sexual.

Evidentemente, cuando la finalidad es proteger bienes jurídicos de importancia constitucional para nuestro Supremo Intérprete será válido limitar derechos fundamentales.

En nuestro análisis, las conductas lesivas de posesión de pornografía infantil (tanto para el propio consumo como el orientado al tráfico) lesionan directamente la intimidad del menor, la cual encuentra sustento en el artículo 2, inciso 7, primer párrafo de nuestra Constitución de 1993.

También estos comportamientos afectan indirectamente la libertad sexual del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 y la indemnidad sexual del menor de 14 años. Esto es así, porque cuando se sanciona la posesión de pornografía infantil con la imposición de una pena privativa de libertad de seis (6) a diez (10) años y con ciento veinte (120) a trescientos sesenta y cinco (365) días multa¹²⁵ se pretende evitar que los soportes pornográficos muestren las imágenes de las partes íntimas del menor con fines sexuales o expongan públicamente al niño o adolescente cuando mantiene relaciones sexuales explícitas. En este sentido, se pretende combatir la demanda de material pornográfico y a través de ello incidir en la reducción de la oferta. En efecto, se debe proteger la intimidad del menor e igualmente la libertad y la indemnidad sexual en la medida que en el mercado del sexo la oferta del material pornográfico infantil puede estimular directamente la fabricación de pornografía infantil e incidir en algún grado sobre la violación sexual y atentar contra la indemnidad sexual, porque cuando se promueven la oferta y la demanda de pornografía infantil necesariamente se captan más niños para utilizarlos. Es claro, por ello, que se debe interrumpir la circulación de las imágenes y los videos de los menores de edad para evitar el acceso de los consumidores a la posesión del material pornográfico infantil y a la difusión y la distribución de este.

Hemos concluido nuestro análisis de idoneidad afirmando que se cumple este presupuesto para el tipo lesivo de posesión de pornografía infantil.

¹²⁵ La Ley 30096, Ley de Delitos Informáticos, del 22 de octubre de 2013, modificó el artículo 183-A del Código Penal que establece una pena para los delitos de posesión y distribución de pornografía infantil: «[...] no menor de seis ni mayor de diez años y con ciento veinte a trescientos sesenta y cinco días multa».

3.11.3.2. Necesidad

Como lo mencionamos en la postura personal de la doctora Aguado, el subprincipio de necesidad comprende el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos penales y el principio de intervención mínima. Esta última a su vez agrupa los principios de fragmentariedad y subsidiariedad. Seguidamente desarrollaremos estos conceptos.

a) Principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos

De acuerdo con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos solamente se restringe la libertad individual por las lesiones o puestas en peligro de los bienes jurídicos de relevancia constitucional. Al respecto, la doctora Aguado precisa:

En resumen, se puede afirmar que en tanto que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos tan solo será necesario y proporcionado cuando exista un bien jurídico merecedor de protección penal y, por otra parte, el Derecho penal tan solo es necesario cuando haya que proteger al bien jurídico ante lesiones o puestas en peligro [...] (1999: 163)¹²⁶

Continuando con esta línea de argumentación, nuestro Tribunal Constitucional recalca que este principio permite restringir la libertad personal por la comisión de un delito para proteger bienes jurídicos. Así lo afirma el Tribunal Constitucional en la sentencia por el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar Policial Expediente 0012-2006-PI/TC, fundamento 27:

¹²⁶ Sobre la relevancia constitucional de los bienes jurídicos, el doctor Carbonell sostiene que «[...] el Derecho penal ha de intervenir lo menos posible y siempre al servicio de las libertades [...] Por consiguiente, la intervención del Derecho penal afecta siempre a derechos fundamentales de la persona, priva de libertad de hacer o incluso de la física, y supone una muy grave ingerencia (injerencia) del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos» (1996: 33-34).

[...] desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como ilícita, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional. Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental [...]¹²⁷

Efectivamente, la intervención penal no protegerá todos los bienes jurídicos, sino solo aquellos de importancia constitucional, es decir, aquellos con reconocimiento implícito o explícito.

Es importante resaltar que la sanción de la posesión de pornografía infantil es una obligación que se deriva de los Estados al ratificar instrumentos internacionales, conforme lo indica la doctora Victoria Cruz:

Otro argumento a favor de la penalización de esta conducta está relacionado con la obligación adquirida por los Estados al ratificar instrumentos internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo Facultativo, que colocan la disyuntiva de cualquier conflicto entre bienes jurídicos —como el derecho a la libertad e intimidad de personas adultas y los derechos a la dignidad, a la protección contra toda forma de violencia, al desarrollo integral de las personas menores de edad— a favor de los derechos humanos

¹²⁷ La sentencia mencionada cita el criterio de la sentencia del Expediente 00019-2005-AI/TC, fundamento 35 y ss.

A propósito de lo señalado, la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47 del Código Penal, Expediente 0019-2005-PI/TC, fundamento 35 precisa: «El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que regula el ius puniendi, monopolio del Estado, y que, por tal razón, por antonomasia, es capaz de limitar o restringir, en mayor o menor medida, el derecho fundamental a la libertad personal. De ahí que, desde una perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental».

de los niños, niñas y adolescentes y con ello la primacía de su interés superior. (2006: 34)¹²⁸

En estrecha relación con lo explicado, la obligación internacional mencionada prefiere proteger los derechos humanos de los menores por encima de otros derechos involucrados; entre ellos, la libertad sexual de los adultos. Nosotros explicaremos en la nota 131, la normatividad internacional que exige del Estado una protección a favor de los menores.

En este orden de ideas, como lo mencionamos en la nota 84, nuestro Supremo intérprete ha señalado en la sentencia sobre el caso Ludesminio Loja Mori, Expediente 3330-2004-AA/TC, fundamento 35 la configuración constitucional de la protección de los niños y adolescentes porque considera digna de protección la etapa de formación integral de los infantes y adolescentes en tanto personas. Esta posición es complementada en otra sentencia del Tribunal Constitucional (sentencia del caso Percy Antonio Jhonson Palomino Expediente 05692-2008-PHC/TC, punto 2) cuando sostiene que el Estado debe actuar en situaciones de vulnerabilidad e inmadurez de la víctima de violación sexual sobre todo cuando son menores de edad. A continuación lo citamos:

[...] se afecta irreversiblemente el ámbito espiritual y psicológico de los menores, en cuanto resultan ser víctimas de episodios traumáticos que determinarán sus personalidades y la manera en que se relacionarán con otros individuos. [...] En tal sentido, resulta evidente

¹²⁸ Además, el artículo 3, numeral 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía indica sostiene: «Todo Estado parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: [...] 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» (Naciones Unidas 2002).

Es oportuno aclarar también que en nuestra posición la dignidad es el principio transversal presente en todos los tipos delictivos del artículo 183-A del Código Penal, pero resaltamos que la intimidad del menor es el bien jurídico protegido frente a la posesión de pornografía infantil en las dos modalidades explicadas.

que el Estado actúe y legisle tomando en cuenta [...] la situación de vulnerabilidad e inmadurez de la víctima [...]

Evidentemente, los infantes y los adolescentes están en condición de debilidad física, mental e incluso sexual frente a los adultos.¹²⁹ Por tal motivo, el Informe sobre el «Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas», párrafos 41, 42, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que es deber de los adultos proteger a los menores en la medida que evolucionen las capacidades del niño y su nivel de madurez. A continuación lo citamos:

[...] El artículo 19 de la CADH [Convención Americana de Derechos Humanos citado en la nota 131] *debe entenderse como un derecho adicional y complementario que el tratado establece para los niños, quienes por su estado de desarrollo necesitan de protección especial. Esta protección especial que reconoce el derecho internacional de los derechos humanos a los niños se fundamenta en su condición de personas en crecimiento y se justifica en base a las diferencias, respecto de las personas adultas, en cuanto a las posibilidades y los desafíos para el efectivo ejercicio y la plena vigencia de sus derechos. [...]*

El deber de protección especial se fundamenta en el reconocimiento de las condiciones especiales del niño quien debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas —a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social—, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos. *Esta dependencia de los adultos, y su intensidad, se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades del niño y grado de madurez. [...] Es debido a esta especial situación en la cual se encuentran los niños en el ejercicio de sus derechos, que el derecho internacional de los derechos humanos ubica a los Estados en una posición de garante de carácter reforzado, lo cual implica la adopción de una serie de medidas de distinto tipo y contenido dirigidas a la niñez.*¹³⁰ (Las cursivas son nuestras)

¹²⁹ El profesor Alex Plácido sostiene que el principio de especial protección del niño se justifica por la situación de fragilidad de los niños y no es un trato discriminatorio: «Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos. Pero, en atención a la particular situación de vulnerabilidad y dependencia en la que se encuentra el ser humano en tales fases de la vida, se justifica objetiva y razonablemente el otorgarles un trato diferente que no es por se discriminatorio» (2006: 14).

¹³⁰ Debemos mencionar que varios de los argumentos de este informe están recogidos en la Opinión Consultiva OC-17/02 respecto de la condición jurídica y derechos humanos del niño del 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es claro que los instrumentos internacionales que explicaremos en la nota 131 y la sentencia de nuestro Supremo Intérprete del Expediente 01817-2009-PHC/TC contemplan una obligación sustentada en el derecho internacional de los derechos humanos (el cual comprende una base normativa supranacional)¹³¹ y que es vinculante en el derecho interno para la comunidad y para el Estado como lo expresa el propio Tribunal Constitucional en la sentencia del

¹³¹ A continuación explicaremos el contenido de esta base normativa supranacional que consagra el principio de protección especial del niño explícita o implícitamente. Estas normas están señaladas en la sentencia del Expediente 01817-2009-PHC/TC y en el Informe Defensorial número 158 respecto de «La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes». Seguidamente las mencionaremos:

La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (24 de septiembre de 1924) reconoce que «[...] la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma».

El principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño precisa que «El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios [...] para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad» (Naciones Unidas 1959)

El artículo 25, numeral 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) señala: «La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

El artículo 10, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19 de diciembre de 1966) indica: «Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición».

El artículo 24, numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16 de diciembre de 1966) señala: «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».

El artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos (22 de noviembre de 1969) explica que: «Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

El artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador señala que: «Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado».

El artículo 3, numeral 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989) indica que: «Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas».

Expediente 01817-2009-PHC/TC.¹³² En estrecha relación con lo explicado, como lo resaltamos en la nota 130, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que el derecho internacional de los derechos humanos coloca a los Estados en una «**posición de garante de carácter reforzado**», lo cual implica que se deben adoptar disposiciones para proteger a los niños y adolescentes.

Entonces, como lo sosteníamos en las notas 129, 130 y 131, el principio de protección especial del niño ampara la condición de debilidad física, mental de los niños y adolescentes porque son sujetos de derecho de defensa especial que deben recibir los cuidados para su desarrollo físico y mental por parte de los adultos. Siendo así, el principio de protección especial del niño está recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 01817-2009-PHC/TC cuando le reconoce un contenido implícito en el artículo 4 de la Constitución Política de 1993 (tal como lo señalaremos en la nota 149). Esta obligación de

¹³² «El Tribunal Constitucional peruano comprende que la obligación internacional de protección especial del niño se sustenta porque [...] para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.

Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo, que por la situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano en los aspectos biológico, físico, psíquico, intelectual, familiar y social, como la promoción y preservación de sus derechos y el ejercicio pleno y efectivo de ellos [...]

Sobre esta base normativa supranacional, el artículo 4º de la Constitución reconoce que la “comunidad y el Estado protegen especialmente al niño”. Así pues, teniendo presente el enunciado normativo de este artículo, este Tribunal estima que el constituyente ha reconocido el principio de especial protección del niño, que se fundamenta en la debilidad, inmadurez (física y mental) o inexperiencia en que se encuentran los niños, y que impone tanto al Estado como a la familia, a la comunidad y a la sociedad, entre otras acciones y deberes, la obligación de brindarles atenciones y cuidados especiales y el deber de adoptar las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral». (Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia sobre el recurso de agravio interpuesta por Shelah Allison Hoefken contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente 01817-2009-PHC/TC, fundamentos 5-6).

proteger a los menores está reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos (el cual comprende una base normativa supranacional que es vinculante en el ordenamiento jurídico para la comunidad y para el Estado como lo señalamos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la nota 132) y el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el Informe sobre el «Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas» de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Inclusive, este deber de los adultos también está recogido en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, como lo señalamos en la nota 131, la base normativa supranacional consagra el principio de protección especial del niño explícita o implícitamente. Esto implica que el contenido de la normatividad internacional son los tratados de derechos humanos que tienen rango constitucional porque son un «parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades», como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley 27971), Expediente 047-2004-AI/TC, fundamento 22:

[...] cabe señalar que, si bien el artículo 55º de la Constitución es una regla general para todos los tratados, ella misma establece una regla especial para los tratados de derechos humanos en el sistema de fuentes. En efecto, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y

acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Como puede apreciarse, nuestro sistema de fuentes normativas reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución. **Por tanto, tales tratados constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades.** Estos tratados no solo son incorporados a nuestro derecho nacional —conforme al artículo 55.⁹ de la Constitución— sino que, además, por mandato de ella misma, son incorporados a través de la integración o recepción interpretativa.¹³³ (Las negritas son nuestras)

¹³³ En el mismo sentido, la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa contra el artículo 22, inciso c), de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, Expediente 0025-2005-PI/TC, fundamento 33 del Tribunal Constitucional señala que: «Si conforme a lo anterior, los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional. El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, *fuerza activa*, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a este, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su *fuerza pasiva* trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Estas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. *Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos*». (Las cursivas de las dos últimas líneas son nuestras).

Así como son vinculantes los tratados también lo es la Convención sobre los Derechos del Niño en el ordenamiento peruano tal como el Tribunal Constitucional peruano lo ha sostenido: «Teniendo en cuenta que el artículo 55° de la Constitución establece que “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional” y que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución prevé que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” no queda sino convenir en que los contenidos de tal Convención sobre los Derechos del Niño resultan vinculantes en el ordenamiento jurídico peruano, conclusión resultante de la aplicación del control de convencionalidad al que estamos sujetos». *Sentencia sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Silvia Patricia López Falcón contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, Expediente 04058-2012-PA/TC, fundamento 16.*

En consecuencia, comprenderemos que cuando se prohíbe la posesión de material pornográfico infantil se permite la realización del principio de protección especial del niño en la medida que se ampara a los menores de 14 años de edad y a los adolescentes de 14 y menores de 18 años porque son grupos humanos vulnerables, frágiles y débiles. Entonces, para nuestro Tribunal Constitucional es una medida positiva proteger a los menores. Ello no supone ninguna discriminación del principio de igualdad y de no discriminación contemplado en nuestro ordenamiento.

También debemos mencionar que el Tribunal Constitucional señala que el principio de protección especial del niño está apoyado por el Interés Superior del Niño con el que mantiene una relación recíproca como veremos en la nota 149.

En armonía con todo lo mencionado, entendemos que el fundamento constitucional de la intimidad del menor (que se protege directamente y en particular, como lo hemos explicado en la página 60, se protege la intimidad corporal de las partes íntimas de los menores de 14 años de edad y de los adolescentes de 14 años y menores de 18) y también comprende la defensa indirecta de la libertad sexual de los adolescentes de 14 años de edad y menores de 18 y la indemnidad sexual de los menores de 14 años que se deduce a partir de que el Estado peruano es un «*garante reforzado*», porque debe proteger los derechos humanos de los menores. Esto, para así cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de los menores y en particular, de sus bienes jurídicos protegidos, en el sentido que estos deben encontrarse por encima de otros derechos de los adultos. Ello con mayor razón, si nos encontramos frente a las condiciones asimétricas de poder.

b) Principio de mínima intervención

Por otro lado, como lo mencionamos al citar a la doctora Aguado, el principio de intervención mínima agrupa dos principios: la fragmentariedad y la subsidiaridad del derecho penal que también son reconocidos por el Tribunal Constitucional peruano y que explicaremos más adelante.

b1) Principio de fragmentariedad

De acuerdo con este subprincipio de fragmentariedad, la intervención del derecho penal debe defender los bienes jurídicos de los ataques que tengan cierta gravedad. Al respecto, el doctor Castillo sostiene: «[...] el Derecho penal solo castiga con una pena los ilícitos más graves que afectan los valores indispensables y elementales para la convivencia humana [...]» (2002: 247).¹³⁴ Asimismo, la fragmentariedad del derecho penal implica tener presente el concepto de *dañosidad social*. Sobre este aspecto, el doctor Castillo sustenta:

En todo caso, la dañosidad social de la conducta ha de evitar que se declare como criminal a un determinado comportamiento solo porque contraviene la concepción de la mayoría o el modelo de actuación medio. La dañosidad social preserva en sede penal el necesario pluralismo y tolerancia política que debe existir con las conductas desviadas o puramente inmorales que no alteran gravemente la paz social. Constituye el más serio filtro para la incriminación o descriminalización de conductas. (2002: 261)

En efecto, el derecho penal es el recurso más gravoso que debe reservarse a las conductas prohibidas más intolerables porque restringe la libertad de las personas. En este sentido, resaltamos el criterio de la sentencia por el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de

¹³⁴ Asimismo, sobre la intervención fragmentaria del derecho penal, el doctor Carbonell sostiene: «[...] implica que tan solo deba usarse este (el derecho penal) para castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad. Es necesario proceder muy rigurosamente a la selección de las conductas que van a ser prohibidas, tipificadas, por lo que ello significa de restricción de la libertad» (1996: 196).

Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar Policial, Expediente 0012-2006-PI/TC, fundamentos 30 y 32 del Tribunal Constitucional respecto de la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o lesionen bienes jurídicos:

Si bien en la identificación de los niveles de protección de los bienes constitucionalmente relevantes es importante evaluar la dañosidad social de las conductas que pongan en peligro o afecten tales bienes, también lo es evaluar, dentro de esta dañosidad social, que el objeto de esta protección penal exprese necesariamente las posibilidades de libre desarrollo del individuo mediante su participación en la sociedad [...] *En materia penal, el examen de necesidad exige que el Legislador estime, ineludiblemente, el carácter fragmentario del Derecho Penal. Al respecto, cabe precisar que aquel postulado de que el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables [...]* (Las cursivas son nuestras)

Evidentemente, en esta sentencia nuestro Tribunal Constitucional entiende la intervención fragmentaria del derecho penal como el recurso más grave para las violaciones más intolerables. Ahora bien, corresponde en este punto evaluar la compatibilidad entre las conductas lesivas de posesión de pornografía infantil (tanto para el propio consumo como el orientado al tráfico) con el principio de fragmentariedad.

Como lo sostuvimos en la página 125, entenderemos que la posesión para el tráfico de pornografía infantil es parte la organización de la oferta de terceras personas (que puede ser a nivel internacional) para satisfacer la demanda de sexo infantil que necesita utilizar a los menores de edad como insumos. Esto implica que por un lado, la demanda (los consumidores) presionan sobre la oferta. Y por el otro, la oferta, promueve la demanda. Este círculo genera un riesgo: la búsqueda y selección de los menores como insumo de material pornográfico. En consecuencia, se trata de frenar estos hechos, porque se pretende contener la demanda de material pornográfico infantil para reducir la

oferta, comprendiendo en ella tanto la posesión para el propio consumo como para el tráfico de pornografía infantil.

Entonces, se interviene sobre estas conductas lesivas (tanto la posesión orientado al consumo y al tráfico) para bienes jurídicos importantes como la libertad sexual y la intimidad del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 y la indemnidad sexual e intimidad en los menores de 14 años que generen enorme dañosidad social por la potencialidad que sea observado el material pornográfico por varias personas. Siendo así, la protección de la intimidad de los menores es más intensa en comparación a la de los mayores. Esto por si mismo explica que la posesión de material pornográfico infantil es dañoso por dos razones: en primer lugar la intimidad y la imagen del menor son intensamente protegidos, una segunda explicación viene porque el consumo de material pornográfico incide en una mayor oferta en el mercado del sexo.

b2) Principio de subsidiariedad

En relación con los principios anteriores, se ubica el principio de subsidiariedad del derecho penal. Este principio implica la búsqueda de otros medios lesivos que la pena, pero en el criterio del doctor Castillo implica que a la vez sean iguales o más eficaces que la sanción penal (2002: 231).¹³⁵ Complementariamente a la definición anterior, la profesora Lopera entiende la subsidiariedad como una comparación entre la intervención penal y otros medios alternativos idóneos que sean menos lesivos a los primeros. A continuación señalamos esta posición:

[...] una comparación entre la medida enjuiciada y otros medios alternativos atendiendo a dos parámetros: su idoneidad para promover el fin legislativo y su menor lesividad en relación con los derechos fundamentales afectados por la intervención legislativa. La

¹³⁵ El doctor Alva señala: «[...] El problema del principio de subsidiariedad no descansa en la búsqueda de otras vías menos dañinas que la pena, sino en la necesidad de encontrar instrumentos igual o más eficaces» (2002: 231).

medida adoptada por el legislador se reputará necesaria cuando no exista un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, al mismo tiempo resulte más benigno desde la perspectiva de los derechos fundamentales objeto de intervención. (2005: 42)

Nos corresponde evaluar en el subprincipio de subsidiariedad la intensidad de la intervención penal en los derechos fundamentales de los ciudadanos y determinar si no existe otra medida alternativa menos restrictiva para ellos. En este sentido, examinamos si no existe medio alternativo con el mismo nivel de eficacia de la medida cuestionada y con la menor intensidad de restricción de la libertad individual. En consecuencia, si se encontrara una medida así, se tendrá que declarar inconstitucional la intervención del legislador, conforme lo sostiene el profesor Bernal:

[...] En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor. Si existe algún medio alternativo que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional. [...]

De esta definición se sigue entonces que la elección de los medios alternativos, el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental, son los aspectos determinantes de la estructura argumentativa del subprincipio de necesidad. (2003: 736)¹³⁶

Efectivamente, el criterio de la doctora Lopera es compartido por nuestro Supremo Intérprete en el proceso de inconstitucionalidad sobre determinadas normas del Código de Justicia Militar Policial cuando analiza la necesidad de

¹³⁶ Al respecto, el doctor Adrián sostiene sobre la demanda de inconstitucionalidad contra determinadas normas del Código de Justicia Militar Policial aprobada por el Decreto Legislativo 961 y pronunciada por el Tribunal Constitucional, Expediente 0012-2006-PI/TC que «[...] Un grupo de ellos (artículos 148, 115, 116, 117 y 125) fueron sometidos al test de proporcionalidad y al no superarlo fueron declarados inconstitucionales. El fundamento de tal declaratoria radicó en la excesiva punibilidad de las respectivas conductas (no superó la prueba de “necesidad”), pues los bienes jurídicos protegidos por tales tipos penales pudieron ser protegidos por otras medidas menos aflictivas como son aquellas que se encuentran en el derecho administrativo disciplinario» (2008: 83, tomo 8).

encontrar medios alternativos idóneos y que sean menos lesivos que la medida empleada por el legislador penal para los derechos fundamentales del individuo. A continuación lo citamos:

Examen de necesidad. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *«El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental»*.¹³⁷

Ahora bien, desde el criterio de la menor lesividad de los medios alternativos idóneos podemos encontrar tanto las conductas desreguladas, es decir, aquellas que no tienen consecuencia jurídica como las que están simplemente liberadas de la prohibición penal, pero que pueden mantener prohibiciones administrativas o civiles. En todos estos casos no existe una sanción punitiva; por consiguiente, en estas situaciones se aumenta la libertad jurídica de las personas. Al respecto, la profesora Lopera sostiene:

En este caso los medios alternativos a comparar con la norma enjuiciada pueden consistir, ya sea en la desregulación o plena liberalización de la conducta prohibida o bien en la búsqueda de alternativas de tipificación que reduzcan el ámbito de lo prohibido, indagando si para la protección del bien jurídico es suficiente optar, por ejemplo, por delitos de lesión en lugar de delitos de peligro, y entre estos últimos, de peligro concreto en lugar de abstracto, por formas de comisión activas y no omisivas, por tipos dolosos en lugar de imprudentes, etc., o si es posible definir con mayor precisión las conductas objeto de prohibición penal. Pero mientras la comparación de estos medios alternativos con la norma enjuiciada no plantea problema alguno desde el criterio de su menor lesividad, *pues toda reducción del conjunto de las prohibiciones penales se traduce en un*

¹³⁷ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia por el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar Policial, Expediente 0012-2006-PI/TC, fundamento 32.

La sentencia citada precisa el criterio de la sentencia del Expediente 00050-2004-AI/TC, fundamento 109. Las cursivas son nuestras.

aumento de la esfera de libertad jurídica de los individuos, no ocurre igual cuando la comparación se lleva a cabo desde la perspectiva de su igual idoneidad. (2005: 42) (Las cursivas son nuestras)

Por otro lado, es claro que ninguna fórmula extrapenal o medida alternativa alcanza o supera, al menos teóricamente, la eficacia de la intervención penal, porque una comparación entre ellas demandaría muchos conocimientos sobre la realidad social, así como nociones estadísticas, sociológicas, etcétera que no tiene el legislador o que en algunos casos no se disponen en el Perú. En consecuencia, por ahora, recurriremos a la práctica general y a la experiencia comparada como a la información accesible sobre el funcionamiento y eficacia de los sistemas no penales. Al respecto, la doctora Lopera sostiene:

En este caso la mayor amplitud de los tipos penales comporta, en línea de principio, una mayor eficacia preventiva, por cuanto supone un adelanto en las barreras de protección del bien jurídico, de modo tal que, bajo esta perspectiva, ninguna de las modalidades alternativas de tipificación estaría en condiciones de alcanzar el mismo grado de idoneidad de la norma enjuiciada. De ahí que en lugar de descartar de plano las modalidades de tipificación que no revistan el mismo grado de eficacia que la norma enjuiciada, el juicio de necesidad debe orientarse a establecer si aquellas modalidades de regulación alternativa resultan ser globalmente más eficientes, lo que ocurrirá cuando estas se limiten a excluir del ámbito de lo punible las conductas que carecen de la suficiente relevancia social para ser reguladas a través del derecho penal. (2005: 42) (Las cursivas son nuestras)

Evidentemente, en el análisis sobre las medidas alternativas idóneas frente a las conductas lesivas de posesión de pornografía infantil que afectan directamente el bien jurídico intimidad del menor e indirectamente la libertad sexual del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 y la indemnidad sexual del menor de 14 años, encontramos, por ejemplo, la disposición alternativa preventiva de las Leyes 28119 y 29139.¹³⁸ Se trata de una misma disposición

¹³⁸ La Ley 28119 fue modificada por la Ley 29139. En efecto, el artículo 2 de la Ley 29139 precisa que «los propietarios, conductores, administradores o encargados de establecimientos que brindan el servicio de cabinas públicas de internet están obligados a garantizar que los menores de edad, que concurren a sus establecimientos, no tengan acceso a páginas web,

administrativa que consiste en la colocación de filtros en las cabinas de internet y en bloquear el acceso de las páginas pornográficas en el ciberespacio a los menores de edad. En nuestra opinión, esta medida no es suficiente para evitar que los pedófilos o pederastas tengan contacto con los infantes y adolescentes dado que solamente se lucha contra la posesión de pornografía infantil a nivel de internet, pero esta medida no comprende las conductas lesivas de posesión física de material pornográfico infantil para el propio consumo ni las conductas de posesión de pornografía infantil orientada al tráfico, así como tampoco abarca las conductas de exhibición, difusión o distribución física de material pornográfico infantil. Esta ley abarca solamente pequeños ámbitos del acceso del material pornográfico infantil mediante el internet en las cabinas públicas.

Observamos que, con la fiscalización y las sanciones por parte de las municipalidades y la Policía Nacional, no se logra erradicar el fenómeno de la pornografía infantil como la venta y la compra de DVD de uso privado no público. En efecto, consideramos que las sanciones alternativas extrapenales de la Ley 29139,¹³⁹ entre ellas la multa, la suspensión de autorización o de licencia,

canales de conversación o cualquier otra forma de comunicación en red de contenido y/o información pornográfica u otras formas reñidas con la moral o el pudor, que atenten contra su integridad o afecten su intimidad personal y/o familiar, bajo responsabilidad.

El cumplimiento de esta obligación se hace efectivo mediante la instalación, en todas las computadoras, de programas o en software especiales de filtro y bloqueo o cualquier otro medio para impedir que menores de edad tengan acceso a las citadas páginas web, canales de conversación u otra forma de comunicación en red, siendo además, responsables de la actualización y vigencia de los mismos. De igual modo, se debe colocar en lugar visible la advertencia correspondiente».

La solución preventiva de la Ley 29139 para luchar contra la posesión de pornografía infantil restringe el acceso de los menores a las páginas pornográficas mediante la colocación de filtros en las cabinas de internet conforme lo explica el estudio de la OIT «Situación de la aplicación de la Ley N° 28251, para el combate a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes» al señalar que «[...] el accionar de las autoridades ha sido de tipo preventivo limitándose a informar y capacitar a los dueños de cabinas de internet para impedir el acceso de menores a páginas de contenido adulto, sin atacar el problema» (Organización Internacional del Trabajo (OIT) / Programa Internacional de Erradicación del Trabajo Infantil (IPEC) (2006).

¹³⁹ El artículo 3 de la Ley 29139 indica: «Fiscalización y sanciones

o de clausura del local comercial, e inclusive el decomiso del material pornográfico infantil no son suficientemente eficaces para disuadir las conductas lesivas de posesión de pornografía para el propio consumo y la posesión de pornografía infantil orientada al tráfico porque pueden eludirse. Siendo así, estas consecuencias administrativas no pueden sustituir a la pena privativa de libertad porque no tienen la capacidad de la **intervención penal** para proteger directamente el bien jurídico intimidad del menor, como tampoco para defender indirectamente la libertad sexual del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 y la indemnidad sexual del menor de 14 años. En cambio, a diferencia de las sanciones administrativas, la condena punitiva priva o restringe los derechos constitucionales del ciudadano, entre ellos la libertad ambulatoria, la propiedad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la autodeterminación sexual de los adultos y el derecho a la intimidad del adulto.

Ciertamente, estas sanciones administrativas tienen un alto grado de informalidad y de relativa eficacia como lo evidenció el Informe Especial de ATV Noticias sobre la venta de pornografía infantil en dos galerías de Lima.¹⁴⁰

Las municipalidades solo otorgan licencia de funcionamiento para brindar el servicio de cabinas públicas de internet a los establecimientos que cumplan con los requisitos previstos en la presente Ley y en su reglamento.

Las municipalidades, en coordinación con la Policía Nacional del Perú, fiscalizan el cumplimiento de la presente Ley. Para ello, deben realizar, en forma trimestral, inspecciones inopinadas para verificar que dichos establecimientos cumplan con las obligaciones previstas en la presente Ley y en su reglamento.

Las municipalidades, de acuerdo a sus atribuciones, imponen las sanciones por infracciones a las disposiciones de la presente Ley. Por vía reglamentaria se especificarán dichas infracciones y se graduarán las sanciones de acuerdo a su gravedad, pudiendo ser estas las de multa, suspensión de autorización o de licencia, cancelación de la misma, clausura, decomiso, entre otras.

Para el caso de la infracción por permitir el acceso de menores de edad a las citadas páginas web, canales de conversación u otra forma de comunicación en red, la sanción será la cancelación de la licencia de funcionamiento».

¹⁴⁰ ATV Noticias propaló en su Informe Especial sobre los Comerciantes de Pornografía Infantil del 1 de octubre de 2009 la informalidad de los locales donde se vende pornografía infantil y la reacción violenta de los vendedores ambulantes por el cierre de estos comercios. A continuación citamos el reporte: «Los vendedores de pornografía infantil se enfrentaron a la

En efecto, el decomiso de los videos de pornografía infantil en los establecimientos comerciales, las multas administrativas impuestas o el cierre de los locales de venta de pornografía infantil son medidas poco eficaces porque en nuestro país ciertos grupos de poder lograrán que funcionen otros centros para continuar lucrando con el negocio del comercio de pornografía infantil. En efecto, ciertos sectores dominantes actúan delictivamente; entre ellos están las mafias de drogas, las redes de prostitución, las organizaciones internacionales de pornografía infantil que se regirán por las reglas del dinero para financiar actos de corrupción para el provecho particular, en perjuicio del estatal, y lograrán que las medidas administrativas sean insuficientes y de esta manera obtengan rentabilidad en el comercio, la distribución o la difusión de pornografía infantil.

Por otro lado, desde la menor lesividad, la comparación entre la sanción penal y las penas alternativas idóneas deben cumplir con cuatro aspectos señalados por la doctora Lopera:

[...] Sobre esta base, la comparación entre la sanción penal enjuiciada y la sanción extrapenal alternativa desde la perspectiva de su menor lesividad debe atender a cuatro aspectos: a) la cantidad de posiciones de derecho fundamental afectadas por una y otra sanción; b) la

policía. Trataban de impedir que su mercadería sea decomisada. Querían ocultar lo que días antes habíamos descubierto con nuestra investigación. Con cámara oculta ingresamos al centro comercial «Señor de los Milagros» de este lugar, donde uno de los comerciantes con total desfachatez se atrevió a mostrarnos un denigrante video donde se aprecia a menores de edad siendo abusados sexualmente por adultos. Pero no es el único lugar. En el centro comercial El Hueco. La situación es parecida. Menores entre 4 y 16 años sometidos a denigrantes actos frente a una cámara de video. Esta situación ha hecho que el Perú pase de ser un país comercializador a productor de pornografía infantil. Luego de ver nuestras imágenes, el Escuadrón Verde decidió actuar. Al verse al descubierto, los vendedores reaccionaron violentamente. Los negocios fueron cerrados y los involucrados detenidos. El delito de pornografía infantil puede ser sancionado hasta con 12 años de cárcel. Sin embargo, para gente que actúa de esta forma en contra de la autoridad, la pena parece quedar corta» (Andina de Radiodifusión ATV Canal 9 2009). Las penas para los delitos de pornografía infantil, así como sus agravantes, se han modificado con la Ley 30096 del 22 de octubre de 2013.

importancia de las mismas; c) la intensidad de su afectación; d) las garantías que acompañan su imposición. (2005: 44)

Evidentemente, si luego de comparar la condena penal y la sanción alternativa idónea se concluye que no se recurre a la pena porque la segunda es menos restrictiva y tiene efectos preventivos similares que la primera, se recurrirá a optar por la medida administrativa. En estrecha relación con lo explicado, nuestro Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad sobre determinadas normas del Código de Justicia Militar Policial ha precisado la necesidad de pena cuando los medios alternativos son incapaces de defender los bienes jurídicos. A continuación lo citamos:

[...] Así también, respecto del juicio de necesidad de pena, Caro Coria sostiene que obedece a criterios de utilidad o rendimiento social de modo que, previo al paso de la intervención penal, es «necesario» evaluar la eficacia de otros medios menos lesivos. Se trata de proteger los bienes jurídicos al menor coste social posible, si en el caso concreto se aprecia como suficiente recurrir al control administrativo o del Derecho Civil, entonces no existirá necesidad de instrumentar una medida tan drástica como la pena [...] es necesario articular el juicio de necesidad de pena con la misión del DP [Derecho Penal], en concreto con los fines de la pena que [...] están vinculados a la función motivadora en el marco de la necesidad de prevención general negativa, limitada por los fines de la prevención especial y el principio de proporcionalidad. En consecuencia, hay necesidad de pena solo si los medios extrapenales son incapaces de dispensar una adecuada protección al bien jurídico y siempre que la pena sea útil para motivar la inhibición de las conductas que lo lesionan o ponen en peligro gravemente. (Caro, citado por Tribunal Constitucional del Perú)¹⁴¹

Como observamos, los delitos de pornografía infantil lesionan directamente la intimidad del menor, e indirectamente la libertad sexual del adolescente de 14 años de edad y menor de 18 y la indemnidad sexual del menor de 14 años. Por lo expuesto anteriormente, las sanciones administrativas serán incapaces de

¹⁴¹ Sentencia por el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar Policial, Expediente 0012-2006-PI/TC, fundamento 32.

proteger a estos bienes mencionados. Caso contrario sucede con las más drásticas consecuencias correctivas de la sanción punitiva en comparación con las medidas administrativas, porque priva o restringe los derechos constitucionales del ciudadano, fundamentalmente, la libertad ambulatoria, la propiedad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la autodeterminación sexual de los adultos y el derecho a la intimidad del adulto, lo cual implica un costo mayor para la libertad de los usuarios que posean material pornográfico.

Hasta aquí hemos analizado la idoneidad y la necesidad de la medida legislativa de la posesión de pornografía infantil en sus dos aspectos, lo cual implica un costo elevado para los usuarios que poseen material pornográfico.

A continuación evaluaremos el último subprincipio: la proporcionalidad en sentido estricto.

3.11.3.3. Proporcionalidad en sentido estricto

En la presente sección examinaremos las conductas lesivas de posesión de pornografía para el propio consumo y la posesión de pornografía orientada al tráfico desde la perspectiva de proporcionalidad en sentido estricto para establecer beneficios y sacrificios en los bienes jurídicos ponderados. Ahora bien, en esta oportunidad entenderemos el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto como una ponderación entre dos grupos de principios iusfundamentales en conflicto. En el primer ámbito están influidos por los derechos o principios afectados por la norma prohibida y por su respectiva sanción penal, y en el segundo nivel están los bienes jurídicos protegidos por la norma penal. Al respecto, la doctora Lopera sostiene:

[...] Este último [juicio de proporcionalidad en sentido estricto] consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los

principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa. Se trata de establecer si el grado de afectación de los primeros se ve compensado por el grado de satisfacción de los segundos. (2005: 46)¹⁴²

De acuerdo con lo señalado, el fin comprendido por la intervención del legislador penal en los derechos fundamentales del individuo será proporcionado cuando genere beneficios para proteger un bien jurídico y exista un mínimo sacrificio respecto de la libertad individual (Bernal 2003: 757-758).¹⁴³ Este criterio es compartido por la sentencia por el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por la decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar Policial, Expediente 0012-2006-PI/TC, fundamento 32 de nuestro Supremo Intérprete cuando se refiere a la proporcionalidad entre las intensidades. A continuación lo citamos:

¹⁴² Si bien los bienes jurídicos están en igualdad de condiciones, esto cambia con la ponderación, porque la jerarquía axiológica móvil prioriza el bien protegido. Al respecto, el profesor Riccardo Guastini sostiene lo siguiente: «Pues bien, la técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es aquella que se suele llamar “ponderación” o “balance”. La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto» (2007: 636).

En efecto, comprendemos que el proceso de ponderación está en relación con dos derechos, intereses o bienes en conflicto que pueden interactuar en función de si una actividad determinada es o no una conducta lesiva.

¹⁴³ Sobre este último subprincipio, el autor sostiene: «[...] la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

Esta definición significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general» (Bernal 2003: 757-758).

Al respecto, la doctora Indacochea explica cuando la ponderación es proporcionada: «Esta relación de equilibrio razonable se obtiene al ponderar —es decir, sopesar, comparar— **por un lado, los perjuicios** que la medida interventora supone para el ejercicio del derecho fundamental afectado, **y por otro, los beneficios** que se derivan de ella, para la satisfacción del otro principio que constituye su finalidad. Así, una medida podrá ser calificada como **proporcionada** cuando las ventajas que se obtienen de su adopción, compensan los sacrificios que esta implica para los titulares del bien constitucional afectado» (2008: 37, tomo 2).

[...] Este subprincipio exige que exista proporcionalidad entre dos pesos o intensidades: 1) aquel que se encuentra en la realización del fin de la medida estatal que limita un derecho fundamental; y, 2) aquel que radica en la afectación del derecho fundamental de que se trate, de modo tal que el primero de estos deba ser, por lo menos, equivalente a la segunda.

Por otro lado, este último subprincipio debe analizarse dentro de parámetros cualitativos referidos a la comparación de las intensidades de afectación como de satisfacción para los bienes en conflicto implicados en la ponderación. En ese sentido, por una parte, con la prohibición de la posesión se afecta el derecho a la libertad sexual de los adultos con relación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad en la autodeterminación sexual de los adultos, así como la intimidad del adulto y su libertad ambulatoria. Por otra parte, se debe proteger directamente la intimidad del menor, pero también se debe proteger indirectamente la indemnidad del menor de 14 años y en algunos casos también la libertad sexual del adolescente de 14 años de edad y menor de 18. Estas ponderaciones deben realizarse en la medida que en el mercado del sexo la oferta del material pornográfico infantil puede provocar la estimulación directa de la fabricación de pornografía infantil e incidir en algún grado sobre la violación sexual o atentar contra la indemnidad sexual de los menores, porque cuando se promueve la oferta y la demanda de pornografía infantil necesariamente se captan más niños para utilizarlos. Entonces, se pretende contener la demanda de material pornográfico infantil para reducir la oferta, comprendiendo en ella tanto la posesión para el propio consumo como para el tráfico de pornografía infantil.

Además, para llevar a cabo esta ponderación en sentido estricto se considerará el contexto del caso conforme lo sostiene la doctora Indacochea:

Cabe señalar que este último paso no debe realizarse en términos cuantitativos, sino más bien cualitativos, para lo cual resulta útil

calificar tanto la afectación como la satisfacción de los bienes involucrados, de acuerdo a una intensidad alta, media o baja, lo que permite su mejor comparación, pues, no existe ninguna escala que nos permita medir con exactitud sus respectivos grados de afectación, sino únicamente pautas o criterios argumentativos para fundamentar la relación de precedencia entre uno u otro principio en conflicto.

En consecuencia, una medida **proporcionada** será aquella en la cual los beneficios sean más intensos —o **pesados**, si se quiere— que los sacrificios que implica, para lo que se deberá tomar en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso, cuya valoración objetiva, evidentemente, debe quedar plasmada en la motivación que acompañe la decisión, en la que se debe poder apreciar la comparación entre ambos extremos. (2008: 37, tomo 2)¹⁴⁴

En efecto, tendremos en cuenta las intensidades de la intervención en los derechos del procesado y de la satisfacción en los derechos de los menores. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso Calle Las Pizzas ha precisado los criterios de la intensidad de la intervención calibrados en grados grave, media y leve. En consecuencia, los beneficios a los bienes jurídicos protegidos tendrán estos mismos parámetros de calificación: grave, medio y leve. A continuación citamos el fragmento pertinente: «La valoración de las *intensidades* puede ser catalogada como: grave, medio o leve,² escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil.³ Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los *grados de realización* del fin constitucional de la restricción».¹⁴⁵

¹⁴⁴ Asimismo, sobre la intensidad de la intervención, el doctor Mendoza Escalante sostiene: «La “intensidad” de la intervención constituye una variable que denota el grado, mayor o menor, que ella ocasiona en el ejercicio o goce de un derecho fundamental. Esta valoración de los grados o magnitudes de una intervención siempre puede ser efectuada, debido a que constituye una característica consustancial a ella» (2008: 40, tomo 2).

¹⁴⁵ Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia caso Calle Las Pizzas, Expediente 0007-2006-PI/TC*, fundamento 43.

A continuación mencionamos las citas contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional:

² Cfr. STC 0045-2005-PI/TC, fundamento 35, recogiendo la escala propuesta por Alexy, Robert *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 60.

³ *Ibíd.*

En este orden de ideas, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto pondera, por un lado, la intensidad de la intervención del legislador penal respecto del ejercicio de la libertad sexual del adulto que posee material pornográfico. Ello incide en el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la autodeterminación sexual del adulto como también en el derecho a su intimidad y a su libertad ambulatoria. Y, por el otro lado, sopesa directamente la intensidad de la satisfacción de la protección del bien jurídico intimidad del menor que se encuentra en el artículo 2, inciso 7, primer párrafo de nuestra Constitución de 1993, e indirectamente se valoran la libertad y la indemnidad sexual de los menores.

Ciertamente, como lo venimos sosteniendo, un argumento que considerar en esta ponderación es que las dos modalidades de posesión (tanto para el consumo como para el tráfico) se dirigen a proteger directamente la intimidad del menor que abarcaría inclusive el derecho a la intimidad corporal de los menores. Esta interpretación se dará en la medida que se impida que los soportes pornográficos muestren las imágenes de las partes íntimas del menor con fines sexuales o expongan públicamente al infante o adolescente que mantiene relaciones sexuales explícitas. En estrecha relación con lo señalado, los comportamientos típicos del artículo 183-A del Código Penal también funcionarán como mecanismos de prevención indirectos de otros comportamientos lesivos a los derechos a la libertad y la indemnidad sexual. En consecuencia, esta ponderación pretende que los materiales pornográficos no incentiven la demanda para configurar otros tipos delictivos como la violación sexual o actos contra el pudor.

En nuestra consideración, la prohibición de la posesión de material pornográfico infantil en sus dos modalidades y su respectiva pena prevista es

una medida proporcionada frente a las limitaciones a los derechos del imputado que hemos mencionado anteriormente por lo siguiente:

- En primer lugar, consideramos que la invasión en la esfera de la intimidad y de la libertad del adulto es un sacrificio de intensidad media-baja, porque es solamente para los tipos de posesión de material pornográfico infantil específicamente en aquellos casos en los que existe una potencial recurrencia al consumo reiterado, al tráfico y a la distribución. Esto es así porque solamente se está restringiendo la libertad sexual del imputado para las conductas prohibidas que venimos examinando; sin embargo, existen otros ámbitos de la sexualidad humana que se permiten y se expresan mediante la pornografía. Entre ellos están la pornografía para adultos, la heterosexual, la homosexual y la bisexual, así como la concurrencia a los espectáculos para adultos con contenido sexual. Debemos advertir que solamente se limita un escaso fragmento de la autodeterminación sexual del adulto.
- En segundo lugar, cuando se prohíben los comportamientos que afectan directamente la intimidad del menor se obtienen beneficios en un grado alto para su protección.¹⁴⁶ En cambio, cuando se defiende indirectamente los otros

¹⁴⁶ Respecto de la exigencia del principio de coherencia en la intensidad de la lesión al bien jurídico y la sanción penal, la doctora Mendoza Buergo sostiene: «[...] hay que exigir la observancia de un principio de coherencia entre la intensidad del ataque a los distintos bienes jurídicos y las respectivas penas y de estas entre sí, de manera que no asistamos a desproporciones e incongruencias valorativas como las que supone castigar igualmente supuestos en los [que] el hecho realizado no podía en ningún caso producir peligro alguno o sancionar más duramente, por ejemplo, la negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia que la conducción bajo los efectos del alcohol» (2001: 376).

Asimismo, la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología (DIVINDAT) es una unidad de la Dirección de Investigación Criminal y Apoyo a la Justicia (DIRINCRI) que lucha contra los delitos informáticos, el hurto de fondos, entre otros delitos. La DIVINDAT está conformada por el «DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN DE PORNOGRAFÍA INFANTIL encargado de combatir el delito cometido por delincuentes de la más alta degradación humana, buscando proteger oportunamente a la niñez nacional a través de operativos virtuales. Colabora con sus pares internacionales logrando una red mundial de protección infantil». (Policía Nacional del Perú Dirección de Investigación Criminal y de Apoyo a la Justicia. División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología. «Departamento de Investigaciones Especiales»).

- bienes jurídicos como la libertad o la indemnidad sexual, las ventajas son en grado medio respecto a los sacrificios en los derechos del imputado.
- En tercer lugar, estos argumentos son coherentes con el deber de prevenir los daños psicológicos irreversibles en el menor de edad que se generan con la invasión a su intimidad corporal y con la perpetuación en el soporte pornográfico. Además, la prohibición de la posesión de material pornográfico contribuye con prevenir la reducción de la fabricación de materiales pornográficos y, por ende, se disminuiría la utilización de los menores. Es claro, entonces, que se adelanta a los momentos previos la defensa indirecta de la libertad sexual y la indemnidad sexual como también la protección directa de la intimidad corporal del menor. Esto se produce cuando la posesión del material pornográfico infantil exhibe con fines sexuales las imágenes de las partes íntimas del menor o expone públicamente al infante o adolescente cuando mantiene relaciones sexuales explícitas.
 - En cuarto lugar, otra ventaja de la prohibición de la posesión de material pornográfico infantil es la realización mayor de la **garantía del interés superior del niño**, este principio supraconstitucional exige que en el conflicto entre los derecho del niño y del adulto, se debe priorizar el primero.¹⁴⁷ Esto debe tenerse muy en cuenta, sobre todo cuando el Tribunal Constitucional ha señalado que es **doctrina jurisprudencial** los fundamentos 19 y 25 de la *Sentencia sobre el recurso de agravio constitucional* interpuesto por doña Silvia Patricia López Falcón contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, *Expediente 04058-2012-PA/TC*:

¹⁴⁷ En efecto, el interés superior primará en el conflicto con otros intereses para proteger los derechos del niño. Así lo explica el doctor Cillero: «[...] la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo» (1998: 73).

[...] el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no solo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales.

[...] el principio del interés superior del niño, comprende, entre otras cosas, una actuación tuitiva por parte de los operadores jurisdiccionales, a quienes corresponde la adecuación y flexibilización de las normas y la interpretación que de ellas se realice, a fin de lograr la aplicación más favorable con el fin de dar solución a la controversia reclamada, siendo de especial importancia este principio toda vez que se trata niños, niñas y adolescentes, que tienen especial cuidado y prelación de sus intereses frente al Estado.

Entonces debe quedar claro que cuando se interpreten los derechos fundamentales de los menores a la luz del interés superior del niño se debe lograr su aplicación más favorable. En estrecha relación con lo señalado consideraremos los criterios de valoración que ha de seguir el juez como lo sostiene el profesor Rivero, quien señala que, en primer lugar, para proteger los derechos fundamentales del niño, el magistrado decidirá conforme los principios y valores vigentes en la sociedad y en el ordenamiento constitucional. Luego, la decisión judicial debe ser discrecional y razonable, pero no arbitraria por lo que la potestad del juez debe sustentarse en motivaciones y argumentos justificados.¹⁴⁸

¹⁴⁸ El profesor Rivero sostiene tres criterios de valoración de los cuales nosotros solo mencionamos dos. El catedrático de Derecho Civil reconoce que existe «[...] una fuerte carga humana y metajurídica, que desborda holgadamente ciertas perspectivas legalistas, formalistas, de los derechos fundamentales [...]» (2000: 239-242).

Respecto del conflicto entre el interés superior del niño con otro interés, el profesor Gamarra sostiene la preferencia a favor del primero: «Si hay un asunto que afecta al niño y existe discrepancia entre el interés del niño y otro interés de alguna persona o de la sociedad y se debe dar una solución al conflicto, se tiene que atender al interés SUPERIOR del niño antes que elegir aquel otro interés —válido también pero no prioritario sobre el del niño. Elegir ese interés superior es un acto de priorización, de preferencia del interés del niño antes que otro interés. Estos otros intereses quedarán integrados al del niño en unos casos y en otros subordinados o postergados o excluidos, dependiendo del caso concreto» (2003: 56, tomo 330).

- En quinto lugar, tanto el **principio del interés superior del niño** como el **principio de especial protección del niño** actúan juntos para proteger a los menores contra los malos tratos mediante las medidas positivas tal como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional peruano. A continuación lo citamos:

Teniendo presente que el interés superior del niño es el principio regulador de la normativa internacional de los derechos del niño y que interactúa y respalda al principio de especial protección del niño, este Tribunal estima que este principio se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 4º de la Constitución.

De ahí que, en virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social [...]

En ese contexto, resulta válido aseverar que los principios de protección especial del niño y del interés superior del niño, le imponen al Estado la obligación de adoptar todas las medidas positivas que aseguren de manera rápida y eficaz la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con sus familiares.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia sobre el recurso de agravio interpuesta por Shelah Allison Hoefken contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, Expediente 01817-2009-PHC/TC, fundamentos 11-12.

El contenido constitucional del interés superior del niño implícito en el artículo 4 de la Constitución fue anteriormente señalado por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia sobre el recurso de agravio interpuesta por Rosa Felícita Elizabeth Martínez García contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, Expediente 02132-2008-PA/TC, fundamentos 5, 8, 9 y 10.

El profesor Durán propone la creación de un registro de violadores y pedófilos e indica que: «El Registro solo tiene como finalidad constituirse en una herramienta de prevención y de combate de los delitos sexuales y su finalidad explícita y dinámica no está orientada a impedir al sujeto la realización de actos y actividades necesarias para su sustento y necesidad de socialización» (2010: 58).

Compartimos la iniciativa de la creación de este registro, pero no estamos de acuerdo con la inclusión de los pedófilos, porque hemos explicado que la pedofilia es un término médico. Nos parece adecuado denominarlo *registro de agresores sexuales* para que también prevenga y batalle contra los delitos de pornografía infantil.

El doctor Durán sostiene que los beneficios del registro son: «[...] Los datos que se deben tener de cada condenado por violación en el [los] Registros de agresores sexuales deben ser los mismos establecidos en la Ley de Homonimia, y además deben ser complementados por datos del ADN, lugar de residencia, centro de trabajo y número de licencia y modelo de coche de ser el caso. [...] El Registro de agresores sexuales permitiría viabilizar la normativa

Tal como hemos apreciado en estas líneas, la modalidad de la posesión de material pornográfico infantil implica una serie de ventajas para los menores de edad frente a los limitados sacrificios que supone la misma prohibición para los derechos de los adultos. También compromete las realizaciones de una serie de derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de los derechos del niño que están materializados en nuestra legislación.

Por tanto, las modalidades típicas de la posesión de pornografía para el propio consumo como el orientado al tráfico resultan legítimas constitucionalmente desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.



penal en materia de reincidencia, y también facilitaría la prueba en los casos de agresores sexuales todavía no identificados. De no existir el registro genético muchos sospechosos de delitos sexuales se verían favorecidos por la presunción de inocencia y podrían quedar libres por lo cual dicho registro tendría aptitud para remediar dicha situación» (2010: 84-85).

CONCLUSIONES

1. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 1

- El fenómeno de la explotación sexual de los infantes y adolescentes se desarrolla en una relación de poder cuando los explotadores sexuales se aprovechan de la fragilidad y la vulnerabilidad de los menores de edad para someterlos, como objetos sexuales, con o sin su «consentimiento» a cambio de prestaciones dinerarias o de beneficios no económicos para satisfacer la demanda sexual de los adultos en el mercado del sexo.

En efecto, este es el punto de encuentro entre la demanda de los consumidores y la organización de la oferta de los explotadores sexuales donde «todo se compra y todo se vende», especialmente el material pornográfico infantil.

- Si bien con la demanda se tiene el material pornográfico infantil, esta demanda de pornografía infantil también implica que se promueva la demanda del servicio sexual de los infantes y adolescentes en contextos de explotación. Esto significa que nos encontramos frente al delito de explotación sexual comercial infantil y adolescente en el ámbito del turismo (artículo 181-A del Código Penal).

- El poder lo tienen los explotadores porque los menores se encuentran en una etapa de desarrollo de su sexualidad, ya que carecen de los mecanismos para oponerse a las conductas ilícitas descritas en el delito de pornografía infantil del artículo 183-A del Código Penal. Entre ellas están la posesión, la promoción, la fabricación, la distribución, la exhibición, el ofrecimiento, la comercialización, la publicación, la importación, la exportación y la difusión. **En consecuencia, en todos estos comportamientos se presupone que ha habido instrumentalización de los infantes y adolescentes como objetos sexuales.**
- Los grandes protagonistas de la explotación sexual infantil son el productor, el vendedor, el incitador y el distribuidor. Cada uno de ellos participa con el rol de ofertantes. En cambio, la intervención del cliente es solamente por la demanda de pornografía infantil. Esto es el consumo.
- En el mercado del sexo, el poder delictivo de los explotadores sexuales no se concentra exclusivamente en la estructura de las organizaciones internacionales de pornografía infantil como son, por ejemplo, las redes profesionales de producción de pornografía infantil. Esto es así porque intervienen otros grupos con dominio criminal como son los individuos aficionados a la fabricación de pornografía infantil de modo casero y los sujetos que intercambian pornografía infantil.
- El vínculo que une la oferta y la demanda es la intermediación, proceso por el cual los infantes y los adolescentes son introducidos en el mercado del sexo. En efecto, en el círculo cercano a la víctima están como intermediarios los parientes, las personas de confianza de la víctima en un contexto de cotidianeidad. Sin embargo, en algunos casos, esta confianza que el agraviado o la agraviada tiene,

por ejemplo, con sus padres o sus padrinos, por tratarse de una relación de respeto y autoridad, es usada en contra del menor cuando existe un abuso de poder por parte de ellos que se manifiesta cuando entregan al menor a los explotadores sexuales. Y posteriormente, trasladan a la víctima a otro lugar geográfico para por ejemplo, prostituirla. De este modo se configuran las conductas típicas del delito de trata del artículo 153 del Código Penal (captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención).

- En cambio, en un círculo externo a la víctima están como intermediarios los no parientes, es decir, aquellos que vinculan al menor con el fenómeno pornográfico en situaciones de explotación sexual infantil. Esta relación de intermediación evidencia una posición vertical, de superioridad de los explotadores sexuales, como es el caso de las organizaciones internacionales de pornografía infantil.
- Proponemos una definición de pornografía infantil que considera dos dimensiones: una objetiva y otra subjetiva. La primera comprende cualquier material visual en el que se muestren las imágenes de las relaciones sexuales explícitas del infante o del adolescente y en las que se expongan las imágenes de los genitales del menor real. En cambio, en la segunda es importante resaltar el propósito sexual de las situaciones descritas anteriormente y, por tanto, debe resaltarse la idoneidad del soporte pornográfico que implícita o explícitamente puede colaborar para el placer sexual en la demanda del mercado del sexo.
- El material pornográfico debe representar situaciones reales y no aparentes. Esto significa que el material pornográfico debe contener manifestaciones de pornografía infantil visual y real, pero no de la pornografía infantil simulada

(que comprende la pornografía técnica y la pornografía infantil artificial). En este último caso, ningún menor de edad participa concretamente ni realmente en la elaboración del material pornográfico. Este supuesto puede ser materia de una prohibición administrativa.

- Las conductas prohibidas del artículo 183-A del Código Penal se producen en distintos momentos, pero en función a las modalidades típicas se deben distinguir los respectivos bienes jurídicos lesionados.
- En efecto, hemos discernido entre las dos fases que utilizan directa e indirectamente al menor. La primera fase comprende la prohibición de la fabricación que pretende proteger dos bienes jurídicos: la indemnidad sexual y la libertad sexual, que dependen de la edad de los menores. En cambio, la segunda fase abarca el resto de los supuestos (distribución, comercialización y posesión). Con la prohibición de estas conductas se pretende proteger el bien jurídico intimidad del menor.
- La indemnidad sexual es entendida como el proceso de formación de la sexualidad de los menores de 14 años alejado de las perturbaciones de terceros. Esta es lesionada cuando se registran imágenes del menor desnudo manteniendo relaciones sexuales explícitas. Y también se afecta su indemnidad sexual cuando se graban sus partes íntimas con fines sexuales.
- En el caso de la libertad sexual del adolescente de 14 años y menor de 18 es parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad conforme al principio de evolución de facultades para disponer de su libertad sexual positiva o negativa.

- En los contextos verticales de fabricación de pornografía infantil, cuando el ejercicio de la sexualidad de los adolescentes de 14 años y menores de 18 es impuesto al margen de la voluntad de la víctima, porque hay un contexto de cosificación, violencia, agresión o abuso sexual, aprovechamiento de la vulnerabilidad e inferioridad del menor, puede ser un delito de trata (artículo 153 del Código Penal) si los menores son explotados con fines sexuales por parte de personas con posición generalmente de superioridad; como es el caso de los intermediarios que revelan una posición vertical (de superioridad frente al menor) cuando predomina el aprovechamiento de la debilidad de la víctima y la dependencia psicológica, afectiva o económica, entre otras, por parte del adolescente, así como la eliminación de sus posibilidades de defensa.

En consecuencia, en estas situaciones se impone verticalmente una relación sexual y se configura la conducta típica de fabricación de pornografía (adolescentes entre 14 años y menores de 18) en la medida que el sujeto activo se benefició de una situación de vulnerabilidad de la víctima, la cual tiene restringido su ámbito de ejercicio de libertad sexual.

- Interpretamos la protección constitucional de la intimidad corporal (la cual comprende las partes íntimas de la persona) con un criterio flexible en el tiempo y en el espacio.
- La dignidad del menor es un principio transversal a todos los tipos lesivos del artículo 183-A del Código Penal (entre ellos la fabricación, la distribución y la posesión). Ello en la medida que se trata de un tipo penal que se orienta a proteger frente a la explotación sexual de los menores de edad. Efectivamente, las diversas modalidades típicas de la pornografía infantil (la fabricación, la comercialización, entre otros) prohíben las conductas delictivas de terceros que

suponen necesariamente la instrumentalización de un menor como objeto que satisface los intereses sexuales y económicos de los adultos. Estos se aprovechan de que la víctima se encuentra en un estado inherente de vulnerabilidad y de que no puede oponer el poder de los agresores sexuales en virtud de encontrarse en un pleno proceso de desarrollo físico, psicológico y sexual.

2. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 2

- El principio de legalidad es un límite al *ius puniendi* del Estado para proteger la libertad de las personas.
- Las personas tienen el derecho frente al juez y al legislador de que lo prohibido por este se regule claramente en una norma previa y que esta se aplique estrictamente.
- Para el Tribunal Constitucional, la garantía de ley estricta prohíbe singularmente en determinados casos; entre ellos, las interpretaciones extravagantes o irrazonables.
- Nuestro Supremo Intérprete define el principio de taxatividad que impone claridad, precisión en su definición. Ello implica establecer los límites al legislador penal para permitir la comprensión del ciudadano sobre lo prohibido bajo amenaza de sanción de una determinada norma jurídica.
- Si bien se cuestiona la claridad y la precisión del tipo penal de pornografía infantil, este presenta dos elementos del tipo examinados con la garantía de taxatividad y la *lex* estricta. Nos referimos al concepto mismo de pornografía infantil que puede tener un significado ambiguo y luego la cláusula general. En

efecto, se trata de un concepto normativo que puede ser previsible y del cual se puede definir su sentido, así como también su delimitación. En estrecha relación con ello, el concepto que propusimos de pornografía infantil hace previsible la conducta prohibida. Entonces, la importancia de los bienes jurídicos (indemnidad sexual e intimidad del menor) justifican el elemento normativo pornografía infantil porque el método teleológico que es el fin de la protección de la norma pretende resguardar a los menores de 14 años de las afectaciones a su indemnidad sexual y también ampara a los menores de 18 años de las lesiones a su intimidad, ya que estas se caracterizan por su alta importancia como por su sensibilidad y vulnerabilidad.

En efecto, los bienes jurídicos solo lograrán su función de máxima protección a los infantes y adolescentes menores de 18 años si utiliza las cláusulas abiertas o los conceptos abiertos pero determinables.

- La cláusula general «exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios» se define cuando el sujeto activo extrae del país el soporte pornográfico infantil con destino a otro para su posterior comercialización en el mercado sexual internacional.

La indeterminación de esta cláusula se puede superar siempre que se entienda por «cualquier medio para exportar» cualquier medio físico, virtual o real que permita trasladar o transferir las imágenes pornográficas de los menores de 18 años de edad de un país a otro.

- La cláusula abierta «exporta por cualquier medio objetos, libros, escritos, imágenes, videos o audios» también se legitima con la garantía de tipicidad cuando se relaciona con una interpretación analógica; esto es posible en la medida que mediante un razonamiento por semejanza permite que el tipo penal

nos remita a otros ejemplos similares. Entonces, en esta cláusula abierta los medios físicos, los tradicionales, nos remiten a otros ejemplos similares que podrán ser, entre otros, los virtuales.

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 3

- El artículo 183-A del Código Penal contiene diversas modalidades lesivas de pornografía infantil. Sin embargo, no todos los tipos penales lesivos son de igual naturaleza ni afectan a los mismos bienes jurídicos porque son diferentes, como, por ejemplo, la indemnidad sexual, la libertad sexual o la intimidad del menor. En efecto, en las modalidades típicas de posesión, promoción, distribución, exhibición, ofrecimiento, comercialización, publicación, importación, exportación o difusión se protege la intimidad del menor dado que no resulta la intervención directa del menor de edad. Esto es, no presupone un comportamiento directo y real sobre el menor de edad a diferencia de lo que ocurre con los casos de fabricación de los materiales pornográficos.
- En el caso de la *promoción* de material pornográfico, esta se orienta más a un acto de provocación del delito, lo cual no es sino una tentativa de inducción. En cambio, en el delito de fabricación de pornografía infantil se exige la presencia efectiva del menor en la elaboración de material pornográfico. Esto es, se trata de actos de registro de imágenes donde se exhiben las imágenes de las partes íntimas del menor con fines sexuales o se expone públicamente al infante o adolescente que mantiene relaciones sexuales explícitas. En consecuencia, se entiende que en la fabricación se utiliza directamente al menor y se lesiona efectivamente el bien jurídico indemnidad sexual si la víctima es menor de 14 años de edad, o la libertad sexual si se trata de un adolescente mayor de 14 años pero menor de 18.

- En la modalidad de *distribución* de pornografía infantil, esta puede darse mediante un acto oneroso o gratuito en el reparto del material pornográfico; sin embargo, a diferencia de la *comercialización*, este último supone actos de tráfico oneroso, lo cual no solo implica acciones de venta, sino también otros sucesos que conlleven ventaja económica o lucro.

Los casos de descarga de material pornográfico por internet puesta a disposición de terceros podrían entenderse dentro de una *distribución pasiva*.

- Las conductas de intercambio o transmisión de soporte pornográfico infantil generan sucesivos canjes con otros materiales. Esta situación de intercambio de pornografía infantil (que puede ser masivo) se subsume en el tipo de *distribución de pornografía infantil*.
- En la conducta de *exhibición* de pornografía infantil, el sujeto activo muestra el material pornográfico a la vista de una o varias personas, pero no necesariamente para que lo adquieran otros sujetos. En cambio, en la modalidad de *ofrecimiento* de material pornográfico, el sujeto activo orienta su conducta a la oferta de dicho material a un público indeterminado para que se obtenga onerosa o gratuitamente.
- La conducta de *publicar* se diferencia de la de *exhibir* en que en la primera el soporte pornográfico se difunde a un número indeterminado de personas a través de los medios de difusión, entre ellos el CD, los libros, la televisión, el internet. En cambio, en la segunda, el material pornográfico se muestra a una pluralidad de personas, que son determinadas. Esto implica que la *exhibición* no está pensada para un número indeterminado de personas.

- La diferencia entre la *publicación* y la *difusión* de pornografía infantil consiste en que la primera hace público el material pornográfico (la imagen de las actividades sexuales explícitas de un menor o la exhibición de sus partes íntimas con fines sexuales); esto significa que un número indeterminado de personas conoce dicho material pornográfico. En cambio, la segunda, la difusión, implica hacer este material atractivo para los consumidores las veces que sean necesarias para que conozcan las fotos o los videos del material pornográfico de menores; por ejemplo, colocándolo en las redes sociales del internet (Twitter, Facebook, YouTube o Google).
- Existen dos clases de posesión: la que se dirige al consumo y la que se dirige al tráfico de pornografía infantil. Ambas modalidades son legítimas y son compatibles con el principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.
- En la *posesión* de pornografía infantil observamos, por un lado, un aparente conflicto de derechos fundamentales entre el derecho a la intimidad corporal del menor que es lesionado directamente y el derecho a la libertad sexual y la indemnidad sexual que son afectados indirectamente. Y, por otro lado, nos encontramos con el derecho a la libertad sexual de los adultos (en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad en la autodeterminación sexual de los adultos), así como también con el derecho a su intimidad y a la libertad ambulatoria que se evaluarán si deben ser restringidos por una pena privativa de libertad.

- La *idoneidad* exige investigar si el tipo penal y si la pena son medios adecuados para proteger directamente el bien jurídico intimidad del menor e indirectamente la libertad sexual del adolescente de 14 años de edad y menor de 18, y la indemnidad sexual del menor de 14 años. Esto es así en la medida que en el mercado del sexo la oferta del material pornográfico infantil puede estimular directamente la fabricación de pornografía infantil e incidir en algún grado sobre la violación sexual y atentar contra la indemnidad sexual, porque cuando se promueven la oferta y la demanda de pornografía infantil necesariamente se captan más niños para utilizarlos. En claro, por ello, que se pretende combatir la demanda de material pornográfico y a través de ello incidir en la reducción de la oferta.
- La *necesidad* debe centrarse en proteger los bienes jurídicos importantes frente a los comportamientos gravemente lesivos (principio de fragmentariedad). Reiteramos que se trata de bienes importantes vinculados con la intimidad, la indemnidad sexual y la libertad sexual relacionados con menores de edad. Esto es, son bienes de importancia constitucional, es decir, aquellos con reconocimiento implícito o explícito.
- En la *necesidad* analizamos que la prohibición de la posesión de material pornográfico infantil permite la realización del *principio de protección especial del niño*. Esto en la medida que se ampara a los menores de 14 años y a los adolescentes de 14 años y menores de 18 en tanto son grupos humanos vulnerables, frágiles y débiles. Como lo explicamos en la notas 84, para el Supremo Intérprete, el fundamento constitucional de la protección al niño y al adolescente se da porque ellos se encuentran en desarrollo en tanto personas. Además, como lo sosteníamos en las notas 129, 130, 131, el principio de

protección especial del niño ampara la condición de debilidad física y mental de los niños y adolescentes porque son sujetos de derecho de defensa especial que deben recibir los cuidados para su desarrollo físico y mental por parte de los adultos.

- Igualmente está reconocido el *principio de protección especial del niño* en la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 01817-2009-PHC/TC cuando le reconoce un contenido implícito en el artículo 4 de la Constitución Política de 1993. Esta obligación de proteger a los menores está reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos (el cual comprende una base normativa supranacional) como lo expresa esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como el **Informe sobre el «Derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas» de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Inclusive, este deber de los adultos también está recogido en la Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Como lo expresa el Tribunal Constitucional, la obligación de proteger a los menores es vinculante en el derecho interno para la comunidad y para el Estado. Además, el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que **el derecho internacional de los derechos humanos coloca a los Estados en una «posición de garante de carácter reforzado», lo cual implica que se deben adoptar disposiciones para proteger a los infantes y adolescentes.**

Además, como lo señalamos en la nota 131, la base normativa supranacional consagra el principio de protección de los menores explícita o implícitamente.

Esto implica que el contenido de la normatividad internacional son los tratados de derechos humanos que tienen rango constitucional porque son un «parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades», como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley 27971), Expediente 047-2004-AI/TC, fundamento 22.

El fundamento constitucional de la intimidad del menor, que se protege directamente, y la defensa indirecta de la libertad sexual de los adolescentes de 14 años y menores de 18 y la indemnidad sexual de los menores de 14 años se deduce a partir de que el Estado peruano es un «*garante reforzado*», que debe proteger los derechos humanos de los menores para así cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de los menores y en particular, de sus bienes jurídicos protegidos, en el sentido que estos deben encontrarse por encima de otros derechos de los adultos. Ello con mayor razón, si nos encontramos frente a las condiciones asimétricas de poder.

- Con relación al principio de subsidiariedad, este requiere que existan otros medios alternativos que sean igual o más eficaces que la sanción penal y también que estas medidas alternas sean menos restrictivas para los derechos fundamentales de los procesados, los investigados. Sin embargo, consideramos que las sanciones alternativas extrapenales como las que están en la Ley 29139, entre ellas la multa, la suspensión de autorización o de licencia, o de clausura de locales, e inclusive el decomiso del material pornográfico infantil son medidas que no son lo suficientemente eficaces para disuadir las conductas lesivas de

posesión de pornografía para el propio consumo y la posesión de pornografía infantil orientada al tráfico de pornografía infantil, dado que pueden eludirse y tienen un alto grado de informalidad.

- En el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto se pondera, por un lado, el derecho a la libertad sexual con relación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad en la autodeterminación sexual de los adultos, así como la intimidad del adulto y su libertad ambulatoria Y, por otro lado, se debe proteger directamente la intimidad del menor. E indirectamente se protegerá la indemnidad del menor de 14 años y en algunos casos también la libertad sexual del adolescente de 14 años y menor de 18.

Estas ponderaciones deben realizarse en la medida que en el mercado del sexo la oferta del material pornográfico infantil puede provocar la estimulación directa de la fabricación de pornografía infantil e incidir en algún grado sobre la violación sexual o atentar contra la indemnidad sexual de los menores, porque cuando se promueven la oferta y la demanda de pornografía infantil necesariamente se captan más niños para utilizarlos. Entonces, se pretende contener la demanda de material pornográfico infantil para reducir la oferta, comprendiendo en ella tanto la posesión para el propio consumo como para el tráfico de pornografía infantil.

- En nuestra consideración, la prohibición de la posesión de material pornográfico infantil en sus dos modalidades y su respectiva pena prevista es una medida proporcionada frente a las limitaciones a los derechos del imputado. A continuación señalaremos los argumentos:

En primer lugar, consideramos que la invasión en la esfera de la intimidad y de la libertad del adulto es un sacrificio de intensidad media-baja porque es

solamente para los tipos de posesión de material pornográfico infantil, específicamente en aquellos casos en los que existe una potencial recurrencia al consumo reiterado, al tráfico y a la distribución. Esto es así porque solamente se está restringiendo la libertad sexual del imputado para las conductas prohibidas que venimos examinando; sin embargo, existen otros ámbitos de la sexualidad humana que son permitidos y son expresados mediante la pornografía. Entre ellos están la pornografía para adultos, la heterosexual, la homosexual y la bisexual, así como la concurrencia a los espectáculos para adultos con contenido sexual. Debemos advertir que solamente se limita un escaso fragmento de la autodeterminación sexual del adulto.

En segundo lugar, cuando se prohíben los comportamientos que afectan directamente la intimidad del menor se obtienen beneficios en un grado alto para su protección. En cambio, cuando se defienden indirectamente los otros bienes jurídicos como la libertad o la indemnidad sexual, las ventajas son en grado medio respecto a los sacrificios en los derechos del imputado.

En tercer lugar, estos argumentos son coherentes con el deber de prevenir los daños psicológicos irreversibles en el menor de edad que se generan con la invasión a su intimidad corporal y con la perpetuación en el soporte pornográfico. Además, la prohibición de la posesión de material pornográfico contribuye con prevenir la reducción de la fabricación de materiales pornográficos y con la que por ende se disminuiría la utilización de los menores. Es claro, entonces, que se adelanta a los momentos previos la defensa indirecta de la libertad sexual y la indemnidad sexual como también la protección directa de la intimidad corporal del menor. Esto se produce cuando la posesión del material pornográfico infantil muestra con fines sexuales las imágenes de las partes íntimas del menor o expone públicamente al infante o adolescente cuando mantiene relaciones sexuales explícitas.

En cuarto lugar, otra ventaja de la prohibición de la posesión de material pornográfico infantil es la realización mayor de la **garantía del interés superior del niño**; este principio supraconstitucional exige que en el conflicto entre los derechos del niño y del adulto se debe priorizar el primero. Esto debe tenerse muy en cuenta, sobre todo cuando el Tribunal Constitucional ha señalado que es **doctrina jurisprudencial** los fundamentos 19 y 25 de la *Sentencia sobre el recurso de agravio constitucional* interpuesto por doña Silvia Patricia López Falcón contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, *Expediente 04058-2012-PA/TC*.

En estrecha relación con lo señalado consideraremos los criterios de valoración que ha de seguir el juez como lo sostiene el profesor Rivero, quien señala que, en primer lugar, para proteger los derechos fundamentales del niño, el magistrado decidirá conforme los principios y valores vigentes en la sociedad y en el ordenamiento constitucional. Luego, la decisión judicial debe ser discrecional y razonable, pero no arbitraria, por lo que la potestad del juez debe sustentarse en motivaciones y argumentos justificados

En quinto lugar, tanto el **principio del interés superior del niño** como el **principio de especial protección del niño** actúan juntos para proteger a los menores contra los malos tratos mediante las medidas positivas tal como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional peruano.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE, María
2000 *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Comares.
- ADRIÁN, Javier
2008 «El principio de proporcionalidad en materia penal. La discrecionalidad “relativa” del legislador en la tipificación penal». En *Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo 8, pp. 77-87.
- AGUADO, Teresa
1999 *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Edersa.
- ALCÁCER, Rafael
2010 «El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional». En Silvia Fernández. *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-66.
- ALMEIDA, John
s. a. «Explotación sexual de los menores de edad». Consulta: 7 de diciembre de 2009.
<http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/20/20_explotacion_sexual.pdf>
- ANDINA DE RADIODIFUSIÓN S.A.C - ATV CANAL 9
2009 *Comerciantes de pornografía infantil*. Informe Especial ATV Noticias. [videograbación]. Lima: Andina de Radiodifusión S.A.C. - ATV Canal 9. Consulta: 23 de diciembre de 2009.
<<http://www.atv.com.pe/noticias/detalle.asp?id=5673>>

- ARBULÚ, Víctor
2013 *Crimen organizado. Aspectos conceptuales. Su expresión en TID y lavado de activos en Perú* [diapositivas]. Lima: Librejur.
- ARCE, Yuliana
2008 «Derecho fundamental a la intimidad». En *Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo 11, pp. 75-85.
- ARCE, Miguel
2010 *El delito de violación sexual. Análisis dogmático, jurídico - sustantivo y adjetivo*. Arequipa: Adrus.
- ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA
2014 *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*. Traducción de Ricardo Restrepo. Arlington: Asociación Americana de Psiquiatría. Consulta: 20 de junio 2014.
<<http://adf.ly/6733820/dsm-5---psicologia>>
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ. SECCIÓN 5
2003 *Sentencia 47/2002*. 14 de enero. Consulta: 14 de diciembre de 2009.
<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=3303403&links=&optimize=20030428>>
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 15
2001 *Sentencia 64/2001*. 28 de febrero. Consulta: 16 de diciembre de 2009.
<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2732383&links=&optimize=20040214>>
- AUDIENCIA PROVINCIAL DE JAÉN. SECCIÓN 1
2002 *Sentencia 50/2002*. 26 de septiembre. Consulta: 19 de enero de 2014.
<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=2899137&links=&optimize=20031212&publicinterface=true>>.
- BARJA DE QUIROGA, Jacobo
2004 *Derecho penal. Parte general*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo II.
- BARRETO, Marco
2006 «El concurso de delitos y las recientes modificaciones al Código Penal». *Actualidad Jurídica: Información Especializada para Abogados y Jueces*. Lima, número 151, pp. 37-49.

BELAPATIÑO, Carlos

2008 «El principio de legalidad». *Jurídica. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial El Peruano*. Lima, año 4, número 184, pp. 6-7.

BELLOCH, Consuelo

s. a. «Las tecnologías de la información y comunicación (TIC)», pp. 1-7.
Consulta: 14 de febrero de 2014.
<<http://www.uv.es/~bellochc/pdf/pwtic1.pdf>>

BERNAL, Carlos

2003 *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

BOLDOVA, Miguel

2008 *Pornografía infantil en la red. Fundamento y límites de la intervención del Derecho Penal*. México D. F.: Ubijus.

BRAMONT-ARIAS, Luis

2001 «Actos contra el pudor, exhibiciones y publicaciones obscenas y pornografía infantil». *Actualidad Jurídica. Suplemento mensual de Gaceta Jurídica*. Lima, tomo 91, pp. 61-65.

CAMPOY, Ignacio

2007 «La educación de los niños en el discurso de los derechos humanos». En Ignacio Campoy (editor). *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Madrid: Dykinson, pp. 149-201.

CÁNOVAS, Guillermo

1996 *La otra cara de la pornografía: ¿Qué relación tiene con las agresiones sexuales? ¿Puede inducir al delito? ¿Cómo influye sobre los adolescentes?* Bilbao: Mensajero.

CAPOLUPO, Enrique

2001 «La explotación sexual comercial de los niños»: *abuso, pedofilia, criminalidad de los cuellos verdes*. Tesis de doctorado en Derecho Penal. Buenos Aires: Universidad del Salvador, Facultad de Ciencias Jurídicas.

CARBONELL, Juan Carlos

1996 *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Segunda edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

CARO, Carlos y César SAN MARTÍN

2000 *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Aspectos penales y procesales*. Lima: Grijley.

CASTILLO ALVA, José Luis

2002a *Principios de derecho penal parte general*. Lima: Gaceta Jurídica.

2002b *Tratado de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*. Lima: Gaceta Jurídica.

2007 *Problemas actuales de derecho penal y procesal penal*. Material de Enseñanza. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

CASTILLO CEBALLOS, Gerardo

2007 *El adolescente y sus retos. La aventura de hacerse mayor*. Madrid: Pirámide.

CILLERO, Miguel

1998 «El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño». En Emilio García y Mary Beloff (compiladores). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Bogotá: Temis / Desalma, pp. 69-85.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2013 *Informe sobre el derecho del niño y la niña a la familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*. Washington: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Consulta: 11 de marzo de 2014.

<<http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

1939 *Ley 9024. Código de Procedimientos Penales*. 23 de noviembre.

1984 *Decreto Legislativo 295. Código Civil*. 24 de julio.

1991 *Decreto Legislativo 635, Código Penal*. 4 de abril.

1993 *Constitución Política del Perú 1993*. 30 de diciembre.

2000 *Ley 27337. Código de los Niños y Adolescentes*. 7 de agosto.

2003 *Ley 28119. Ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico*. 13 de diciembre.

2007a *Ley 29139. Ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico*. 1 de diciembre.

2007b *Ley 29139. Ley que modifica la Ley 28119, Ley que prohíbe el acceso de menores de edad a páginas web de contenido pornográfico*. 1 de diciembre.

- 2013a *Ley 30077. Ley contra el Crimen Organizado.* 20 de agosto.
 2013b *Ley 30096. Ley de Delitos Informáticos.* 22 de octubre.

CONSEJO DE EUROPA

- 2001 *Convenio de la Unión Europea sobre Ciberdelincuencia.* 17 de septiembre de 2010. Consulta: 9 de diciembre del 2012.
 <http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/consejo_europa/convenios/common/pdfs/Convenio_Ciberdelincuencia.pdf>
- 2007 *Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Niños contra la Explotación y el Abuso Sexual.* 12 de noviembre de 2010. Consulta: 9 de diciembre de 2012.
 <<http://www.boe.es/boe/dias/2010/11/12/pdfs/BOE-A-2010-17392.pdf>>

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA

- 2003 *Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo del 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.* 20 de enero de 2004. Consulta: 7 de diciembre de 2009.
 <<http://www.defensordelmenor.org/upload/legislacion/LeyEuropea/Decisionmarco2004.pdf>>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

- 2002 *Opinión consultiva OC-17/2002 respecto de la condición jurídica y derechos humanos del niño.* Consulta: 7 de diciembre de 2009.
 <http://www.iin.oea.org/iin/Pdf/publicaciones/Corte_interamericana_derechos_humanos.pdf>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA IV PLENO JURISDICCIONAL DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE, TRANSITORIAS Y ESPECIAL

- 2008a *Acuerdo Plenario 7-2007/CJ-116.* 25 de marzo.
 2008b *Acuerdo Plenario 3-2008/CJ-116.* 18 de julio
 2008c *Acuerdo Plenario 4-2008/CJ-116.* 18 de julio

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA VII PLENO JURISDICCIONAL PENAL

- 2011 *Acuerdo Plenario 1-2011/CJ-116.* 8 de febrero. Consulta: 8 de febrero de 2012.
 <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/SalasSupremas/SPP/documentos/acuerdo_01_Apreciacion_prueba_delito_Violacion_Sexual.pdf>

COX, Juan

- 2008 *Delitos de posesión. Base para una dogmática.* Guatemala: USAID.

CRUZ, Victoria

- 2006 «El derecho penal ante nuevos retos: la tutela a los derechos de las personas menores de edad en los delitos de “pornografía infantil”». *¡Ya es hora! Alto a la explotación sexual comercial de personas menores de edad. Boletín temático del Proyecto OIT/IPEC «Contribución a la prevención y erradicación de la explotación sexual comercial de personas menores de edad en Centroamérica, Panamá y República Dominicana»*. San José, número 5, pp. 30-36. Consulta: 8 de diciembre de 2009.
<http://white.oit.org.pe/ipecc/documentos/revista_no5.pdf>

DEFENSA DE LOS NIÑOS - INTERNACIONAL el movimiento mundial por los derechos de la infancia y la adolescencia

- 1995 *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño*. 2 de septiembre de 1990.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- 2000 *Resolución Defensorial 28-2000/DP*. 15 de mayo.
2003 *Resolución Defensorial 040-2003/DP*. 18 de diciembre. Consulta: 7 de diciembre de 2009.
<<http://www.demus.org.pe/BoletinVirtual/FascAOE/doc/RESOLUCION%20DEFENSORIAL%20AOE.pdf>>
2013 *La trata de personas en agravio de niños, niñas y adolescentes*. Lima. Consulta: 16 de abril de 2014.
<<http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/defensoriales/Informe-Defensorial-158.pdf>>

DE LA FUENTE, Claudia

- 2008 *Delitos de pornografía infantil*. Santiago de Chile: Legal Publishing.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

- 2001 «La oferta al público». *Themis Revista de Derecho*. Segunda época. Lima, número 42, pp. 233-240.

DE LA ROSA, José Miguel

- 2011 *Los delitos de pornografía infantil: aspectos penales, procesales y criminológicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DE VICENTE, Rosario

- 2004 *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel

- 2008 *El error sobre elementos normativos del tipo penal*. Madrid: La Ley.

DÍEZ, José y Carlos María ROMEO (coordinadores)

2004 *Comentarios al Código Penal Parte Especial Título VII-XII y faltas correspondientes*. Valencia: Tirant lo Blanch, volumen II.

DURÁN, Humberto

2010 *Estrategias de prevención social, frente a la violación sexual de menores. El registro de violadores y pedófilos*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

2013 *Sustracción de inocencias El abuso sexual de menores y la pedofilia*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

ECPAT INTERNATIONAL

2005 *¿Mercancía sexual?: cómo hemos creado la demanda para la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes en el Perú*. Consulta: 7 de diciembre de 2009.

<http://www.movimientoelpozo.org/Mercancia%20Sexual_NNA.pdf>

EGUIGUREN, Francisco

2005 «La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. A propósito de la sentencia en el caso de Mónica Adaro contra Magaly Medina». *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*. Lima, año 10, número 81, pp. 29-32.

EMPRESA EDITORA EL COMERCIO

2013 «Usuarios inundan Twitter con videos porno». *Trome*. Lima, 28 de enero. Consulta: 18 de febrero de 2013.

<<http://trome.pe/actualidad/1529417/noticia-usuarios-inundan-twitter-videos-porno>>

FERNÁNDEZ CRUZ, José

1998 «La naturaleza y contenido del mandato de lex certa en la doctrina del Tribunal Constitucional Español». *Revista de Derecho (Valdivia)*. Valdivia, número 1, volumen 9. Consulta: 12 de diciembre de 2009.

<http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501998000200006&lng=es&nrm=iso>

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier

2002 «La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: cuestiones claves». *Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Madrid, número 20, pp. 249-276. Consulta: 19 de enero de 2014.

<<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:bfd-2002-20-be47adf7&dsID=PDF>>

FERRERES, Víctor

2002 *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia: una perspectiva constitucional*. Madrid: Civitas.

FRANÇA, Omar y Sergio DELGADO

2013 *Descarga de material pornográfico infantil online en Uruguay, 2011-2012*. Uruguay. Consulta: 9 de abril de 2014.
<<http://america.infobae.com/adjuntos/pdf/2013/04/176449.pdf>>

FREEDOM BABYSEC

2009 Freedom Babysec - Publicidad [videgrabación]. Consulta: 14 de diciembre de 2009.
<<http://www.youtube.com/watch?v=pdbBs7J9798>>

GACETA JURÍDICA

2012 «Comete delito de actos contrarios al pudor y pornografía infantil quien filma a menores de edad realizándose tocamientos indebidos SALA PENAL TRANSITORIA R. N. 4352-2009-AREQUIPA». *Gaceta Penal & Procesal Penal. Información especializada para abogados y jueces*. Lima, tomo 32, pp. 98-102.

GAMARRA, Fernando

2003 «Interés superior del niño: estudio doctrinal y normativo». *Normas Legales. Doctrina, Jurisprudencia, Actividad Jurídica*. Lima, año LXIII. volumen II, tomo 330, pp. 43-78.

GARCÍA, Flavio

2004 *Delitos sexuales*. Lima: Ediciones Legales Iberoamericana.

GUASTINI, Riccardo

2007 «Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales». *Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia*. Lima, año 2, número 8, pp. 631-637. Consulta: 18 de diciembre de 2009.
<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/articulo_guastini.pdf>

GUERRA, Igone

2003 *Primer Encuentro con el Sector Privado sobre la Explotación Sexual Comercial Infantil* [diapositivas]. Consulta: 7 de mayo de 2008.
<http://www.oit.or.cr/ipeec/encuentros/documentos/mx_esci_senibilizacion_hoteleros.ppt>

GUZMÁN, María del Pilar

2006 *El lado oculto de la tecnología: la pornografía y pedofilia por internet*. Lima: Ediciones Libros Digitales.

HUERTA, Susana

2000 «Principio de legalidad y normas sancionadoras». En Tribunal Constitucional. Asociación de Letrados. *El principio de legalidad: actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 11-52.

INDACOCHEA, Úrsula

2008 «El principio de proporcionalidad como criterio metodológico para evaluar las limitaciones al contenido de los derechos fundamentales». En Gaceta Jurídica. *TC Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo 2, pp. 27-38.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)

2004 *Criterios de clasificación de páginas en internet con contenidos de pornografía infantil*. Bogotá: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Consulta: 7 de diciembre de 2009.
<http://white.oit.org.pe/ipec/boletin/documentos/criterios_pornografia.pdf>

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO

2003 *La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes en América Latina*. Documentos de Trabajo de Poder. Consulta: 8 de diciembre de 2009.
<<http://www.iin.oea.org/explotacion.sexual.pdf>>

INTERVIDA WORLD ALLIANCE

2006 *Vidas invisibles. La explotación sexual infantil*. Consulta: 7 de diciembre de 2009.
<<http://www.intervida.org/UserFiles/www.intervida.org/News/files/4.pdf>>

LAMAS, Luis

2005 «Hábeas corpus y principio de legalidad». *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*. Lima, año 10, número 78, pp. 25-31.

LÁZARO, Isabel y otros

2002 *Los menores en el derecho español*. Madrid: Tecnos.

LEMINEUR, Marie-Laure

- 2006 *El combate contra la pornografía infantil en internet. El caso de Costa Rica.* Consulta: 9 de diciembre de 2009.
<http://www.crin.org/docs/Costa_Rica_combate_pornografia.pdf>

LOPERA, Gloria

- 2005 «Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales». *Jueces para la democracia. Información y debate.* Madrid, número 53, pp. 39-53. Consulta: 17 de mayo de 2014.
<<http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2053%20julio%202005.pdf>>
- 2006 *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

LÓPEZ-IBOR, Juan (director)

- 2002 *DSM-IV-TR Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales.* Barcelona: Masson.

MELZI, Fiorella

- 2004 *Los derechos sexuales y reproductivos, derechos humanos de las y los adolescentes.* Lima: Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). Consulta: 7 de diciembre 2009.
<<http://www.bvcooperacion.pe/biblioteca/bitstream/123456789/1334/1/BVCI0002074.pdf>>

MENDOZA BUERGO, Blanca

- 2001 *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto.* Granada: Comares.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail

- 2008 «Ponderación, test de necesidad e “intensidad” de la intervención de derechos fundamentales». En *Gaceta Jurídica. TC Gaceta Constitucional. Análisis multidisciplinario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Gaceta Jurídica, tomo 2, pp. 39-44.

MINISTERIO PÚBLICO

- 2007 *Resolución de Junta de Fiscales Supremos 041 -2007-MP-FN-JFS. Reglamento de la Fiscalía Especializada en Criminalidad Organizada.* 10 de septiembre.

- MINISTERIO DE SALUD DEL PERÚ - FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
2009 *Balance político normativo sobre el acceso de las y los adolescentes a los servicios de salud sexual, salud reproductiva y prevención del VIH-Sida.* Consulta: 26 de febrero de 2010.
<<http://www.onu.org.pe/upload/documentos/MINSA-UNFPA-Balance-Normativo.pdf>>.
- MOLINA, René
2008 *Delitos de pornografía infantil.* Santiago de Chile: Librotecnia.
- MONTOYA, Yvan
2012 *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas.* Lima: Organización Internacional para las Migraciones (OIM), Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).
- MORALES, Fermín
2002 «Pornografía infantil e internet». Ponencia presentada en las Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet. Barcelona. Consulta: 8 de diciembre de 2009.
<<http://www.uoc.edu/in3/dt/20056/20056.pdf>>
- MORESO, José Juan
2001 «Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)». *Doxa*. Alicante, número 24, pp. 525-545. Consulta: 12 de diciembre de 2009.
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01372719768028837422802/doxa24/doxa24_20.pdf>
- MORILLAS, David
2005 *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comitivas relacionadas con internet.* Madrid: Dykinson.
- NACIONES UNIDAS - OFICINA CONTRA LA DROGA Y EL DELITO
2000 *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. (La Convención de Palermo).* 15 de noviembre. Consulta: 24 de noviembre de 2013.
<<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>>

NACIONES UNIDAS

2002 *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*. Consulta: 8 de diciembre de 2009.

<<http://www.cejamericas.org/doc/legislacion/tratados/onu-protocolo-facultativo-ninos.pdf>>

NEYRA, José Antonio

2010 *Manual del nuevo proceso penal & de litigación oral*. Lima: Idemsa.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) / IPEC

2003 «¿El regreso a casa...?». *La reinserción social en un programa de protección para niñas y adolescentes víctimas de explotación sexual comercial infantil en Lima, Perú*. Lima: OIT / IPEC. Consulta: 7 de diciembre de 2009.

<http://white.oit.org.pe/ipec/boletin/documentos/el_regreso_a_casa.pdf>

2007a *Imperdonable. Estudio sobre la explotación sexual comercial de la infancia y adolescencia en Perú: Cajamarca, Cusco, Iquitos y Lima*. Consulta: 7 de diciembre de 2009.

<http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/estudio_esci_pe.pdf>

2007b *La demanda en la explotación sexual comercial de adolescentes: estudio cualitativo en Sudamérica (Chile, Colombia, Paraguay y Perú)*. Consulta: 7 de diciembre de 2009.

<http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/esci_demanda_reg.pdf>

OSSANDÓN, María

2009 «Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza». *Revista de Derecho*, número 1, volumen XXII, pp. 159-183. Consulta: 16 de enero de 2012.

<<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n1/art08.pdf>>

PARRA, Ana

2011 *La pornografía infantil en la red. Especial referencia a la posesión simple*. Tesis de doctorado en Política Criminal. Salamanca: Universidad de Salamanca. Consulta: 10 de febrero de 2014.

<http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/115602/1/DDPG_Parra_Gonzalez_AnaV_LaPornografiaInfantilRed..pdf>

PEÑA CABRERA, Alonso

2004 *Derecho penal parte general*. Lima: Idemsa, tomo I.

- 2007 *Derecho penal parte especial. Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual. Un estudio jurídico, desde una perspectiva penal, procesal y criminológica.* Lima: Idemsa.
- 2013a *Estudios críticos de derecho penal y político criminal A partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales.* Lima: Ideas Solución Editorial.
- 2013b *Tráfico ilícito de drogas y delitos conexos: perspectivas dogmáticas y político criminales.* Segunda edición. Lima: Rodhas.
- 2014 *Los delitos sexuales. Análisis dogmático, jurisprudencial y criminológico.* Lima: Ideas Solución Editorial.

PEÑA CABRERA, Raúl

- 2002 *Delitos contra la libertad e intangibilidad sexual: aspectos penales, procesales y criminológicos.* Lima: Guerreros.

PÉREZ CEPEDA, Ana y Gonzalo QUINTERO

- 2006 «Las normas penales españolas: cuestiones generales». En Mercedes García. *Trata de personas y explotación sexual.* Granada: Comares, pp. 157-195.

PÉREZ ROYO, Javier

- 2000 *Curso de derecho constitucional.* Séptima edición. Madrid: Marcial Pons.

POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ - DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y DE APOYO A LA JUSTICIA. DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN DE DELITOS DE ALTA TECNOLOGÍA

- s. a. «Departamento de Investigaciones Especiales». Lima. Consulta 24 de diciembre de 2009.
<http://www.policiainformatica.gob.pe/porn_infantil.asp>

PLÁCIDO, Alex

- 2006 «El “interés superior del niño” en la interpretación del Tribunal Constitucional». *Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de Diálogo con la Jurisprudencia.* Lima, año 6, número 62, pp. 3-54.

PRIMER CONGRESO MUNDIAL

- 1996 *Declaración Programa de Acción. Declaración de la reunión realizada en Estocolmo con motivo del Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños. 24 de agosto.* Consulta: 7 de diciembre de 2009.
<<http://www.esnips.com/doc/ce0536d4-21b3-415c-8e20-a73678163c02/Declaraci%C3%B3n-del-Congreso-Mundial-contra-la-Explotaci%C3%B3n-Sexual-Comercial-de-ni%C3%B1os---Estocolmo.pdf>>

PRADO, Víctor

1996 «El tipo básico en el delito de tráfico ilícito de drogas». *Derecho y Sociedad*. Lima, año VII, número 11, pp. 239-244.

2000 *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Penas / Medidas de Seguridad / Consecuencias Accesorias / Reparación Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE)

2001 *Diccionario de la lengua española*. Vigésimo segunda edición. Consulta: 14 de enero de 2014.

<<http://lema.rae.es/drae/?val=Difusi%C3%B3n>>

REBOLLO, Lucrecio

2005 *El derecho fundamental a la intimidad*. Segunda edición. Madrid: Dykinson.

RIVERO, Francisco

2000 *El interés del menor*. Madrid: Dykinson.

RUBIO, Marcial

2012 *El sistema jurídico. Introducción al derecho* [2009]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

SALAZAR, Nelson

2004 «El principio de legalidad en el Estado democrático de derecho (Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal)». *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, número 14, pp. 453-580.

SALINAS CRUZ, Sofía

2007 «El principio de legalidad en la jurisprudencia constitucional». *Diálogo con la Jurisprudencia. Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*. Lima, año 12, número 105, pp. 54-56.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2008 *Los delitos de carácter sexual en el Código Penal peruano*. Segunda edición. Lima: Jurista Editores.

SÁNCHEZ MERCADO, Miguel

2007 *La analogía en el derecho penal*. Lima: Grijley.

SARMIENTO, Javier

2008 «El delito de pornografía infantil en nuestro Código Penal». Consulta: 21 de noviembre de 2008.

<<http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=1849>>

SAVE THE CHILDREN SUECIA

- 2004 *El cliente pasa desapercibido. ¿Quién es el principal explotador sexual de niños, niñas y adolescentes?* Consulta: 7 de diciembre de 2009.
<http://tejiendoredes.net/documentos/224_elcliente.pdf>

SEGUNDO CONGRESO MUNDIAL

- 2001 *Compromiso global de Yokohama. Segundo Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños. Japón, 17 al 20 de diciembre.* Consulta: 7 de diciembre de 2009.
<<http://www.esnips.com/doc/25d23353-598e-4a8e-9692-54361e1da738/Compromiso-Global-de-Yokohama---II-Congreso-Mundial-contra-la-Explotaci%C3%B3n-Sexual-Comercial-de-ni%C3%B1os.pdf>>

SENMACHE, Dimitri

- 2007a Comentario del 25 de marzo a «Ingresa gratis a foros P2 y descarga fotos y videos de pornografía infantil». *Red Peruana contra la Pornografía Infantil*. Consulta: 15 de diciembre de 2009.
<http://nopornoinfantil.blogspot.com/2007_03_01_archive.html>
- 2007b Comentario del 29 de abril a «ESCI - Explotación Sexual Comercial Infantil». *Red Peruana contra la Pornografía Infantil*. Consulta: 7 de diciembre de 2009.
<http://nopornoinfantil.blogspot.com/2007_04_01_archive.html>
- 2007c Comentario del 1 de abril a «El consumo de pornografía por internet ¿es peligroso?». *Red Peruana contra la Pornografía Infantil*. Consulta: 14 de diciembre de 2009.
<http://nopornoinfantil.blogspot.com/2007_04_01_archive.html>

TAMARIT, Josep

- 2002 *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores.* Segunda edición. Navarra: Aranzadi.

TORRES DE FERREYROS, Sylvia

- 2007 «Pornografía infantil: hacia una legislación que facilite su represión (A propósito de la dación del Decreto Legislativo 991)». Lima. Consulta: 10 de diciembre de 2009.
<http://www.teleley.com/articulos/art_070807.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

- 2003 *Sentencia sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta por más de cinco mil ciudadanos, con firmas debidamente certificadas por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, contra los Decretos Leyes 25475, 25659, 25708 y 25880, así como sus normas complementarias y conexas. Expediente 010-2002-AI/TC. 4 de enero. Consulta: 12 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>>
- 2005a *Sentencia sobre el caso Gonzalo Antonio Costa Gómez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses contra la resolución de la Sala Especializada en lo Civil de Tumbes. Expediente 2192-2004-AA /TC. 9 de febrero. Consulta: 19 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>>.
- 2005b *Sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47 del Código Penal. Expediente 0019-2005-PI/TC. 21 de julio. Consulta: 21 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.html>>
- 2005c *Sentencia sobre el caso Ludesminio Loja Mori contra la resolución de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Expediente 3330-2004-AA/TC. 11 de agosto. Consulta: 13 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.html>>
- 2006a *Sentencia sobre la Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3 de la Ley 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. Expediente 0045-2004-PI/TC. 31 de marzo. Consulta: 21 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00045-2004-AI.html>>
- 2006b *Sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley 27971 (Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley 27971). Expediente 047-2004-AI/TC. 8 de mayo. Consulta: 17 de noviembre de 2013.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>>.
- 2006c *Sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 22, inciso c), de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. Expediente 0025-2005-PI/TC. 15 de agosto. Consulta: 16 de febrero de 2014.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.html>>

- 2006d *Sentencia por el proceso de inconstitucionalidad interpuesta por la Decana del Colegio de Abogados de Lima contra determinadas normas del Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar Policial. Expediente 0012-2006-PI/TC. 20 de diciembre. Consulta: 11 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>>
- 2007a *Sentencia sobre el caso Senati interpuesta por Carol Luz Sáenz Contreras contra la resolución de la Primera Sala Especializada en lo Civil del Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima. Expediente 1182-2005-PA/TC. 29 de marzo. Consulta: 26 de octubre de 2013.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/1182-2005-AA.pdf>>
- 2007b *Sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari contra las Ordenanzas 212-2005 y 214-2005 de la Municipalidad Distrital de Miraflores, que restringen el horario de apertura nocturna de los establecimientos comerciales de la zona denominada Calle de las Pizzas. Expediente 0007-2006-PI/TC. 30 de noviembre. Consulta: 27 de diciembre de 2013.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.pdf>>.
- 2008a *Sentencia del caso Jorge Enrique Ríos Izarra contra la resolución expedida por la Segunda Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte Expediente 5512-2007-HC/TC. 27 de marzo. Consulta 20 de octubre de 2013.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008//05512-2007-HC%20Resolucion.html>>
- 2008b *Sentencia del caso Jorge Isidro Murga contra la sentencia de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huánuco Expediente 08264-2006-HC/TC. 9 de junio. Consulta 11 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/08264-2006-HC.pdf>>
- 2008c *Sentencia sobre el caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares contra la sentencia expedida por la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente 00728-2008-PHC/TC. 23 de octubre. Consulta: 14 de diciembre de 2008.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.pdf>>
- 2009a *Sentencia del caso Rodolfo Luis Oroya Gallo contra la resolución de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente 00535-2009-PA/TC. 3 de agosto. Consulta: 19 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00535-2009-AA.pdf>>
- 2009b *Sentencia del caso Percy Antonio Jhonson Palomino contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ica Expediente 05692-2008-PHC/TC. 10 de agosto. Consulta: 18 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/05692-2008-HC%20Resolucion.pdf>>

- 2009c *Sentencia sobre el caso Shelah Allison Hoefken contra la sentencia de la Primera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. Expediente 01817-2009-PHC/TC. 10 de noviembre. Consulta: 18 de diciembre de 2009.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>>
- 2011 *Sentencia sobre el recurso de agravio interpuesta por Rosa Felícita Elizabeth Martínez García contra la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Expediente 2132-2008-PA/TC. 13 de mayo. Consulta: 22 de mayo de 2014.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.pdf>>
- 2013a *Sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por diez mil seiscientos nueve ciudadanos contra el artículo 1 de la Ley 28704 que modifica el artículo 173, inciso 3, del Código Penal, sobre delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad. Expediente 00008-2012-PI/TC. 7 de enero. Consulta: 8 de enero de 2013.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>>
- 2013b *Sentencia sobre el caso de Wilson Añazco Bazán contra la resolución expedida por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao Expediente 02128-2011-PHC/TC. 7 de junio. Consulta: 14 de noviembre de 2013.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02128-2011-HC.pdf>>
- 2014 *Sentencia sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Silvia Patricia López Falcón contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura. Expediente 04058-2012-PA/TC. 9 de mayo. Consulta: 22 de mayo de 2014.*
<<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04058-2012-AA.pdf>>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

- 1982 *Sentencia 62/1982. 15 de octubre. Consulta: 13 de diciembre de 2009.*
<http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1982-0062>
- 1989 *Sentencia 69/1989. 19 de mayo. Consulta: 23 de enero de 2012.*
<http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1989-0069>
- 1997 *Sentencia 151/1997. 30 de octubre. Consulta: 23 de enero de 2012.*
<http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1997-0151>

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. SALA DE LO PENAL

- 1990 *Sentencia número 440. 12 de febrero. Consulta: 16 de diciembre de 2009.*
<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=1108508&links=&optimize=20051124>>

- 2006 *Resolución número 913/2006*. 20 de septiembre. Consulta: 16 de diciembre de 2009.
<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=697971&links=&optimize=20061026>>
- 2009 *Acuerdo del 27 de octubre de 2009 sobre el facilitamiento de la difusión de la pornografía infantil, (alcance del artículo 189.1 b) del Código Penal*. 27 de octubre. Consulta: 2 de febrero de 2014.
<<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>>
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA - SALA SEGUNDA DE LO PENAL
- 2003 *Sentencia 1342/2003*. 20 de octubre. Consulta: 14 de diciembre de 2009.
<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2972865&links=&optimize=20031125>>
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. SECCIÓN 1
- 2009 *Sentencia 105/2009*. 30 de enero. Consulta: 19 de enero de 2014.
<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=4434213&links=%221358/2008%22&optimize=20090226&publicinterface=true>>
- 2010 *Sentencia 680/2010*. 14 de julio. Consulta: 20 de enero de 2014.
<<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5697879&links=&optimize=20100812&publicinterface=true>>
- URIARTE, Luis
- 2010 «Pornografía infantil y proporcionalidad de las penas». *Diario La Ley*. Madrid, año XXXI, número 7372, pp. 1-5. Consulta: 4 de febrero de 2014.
<http://www.larioja.org/upload/documents/680804_DLL_N_7372-2010.Pornografia_infantil.pdf>
- URQUIZO, José
- 2000 *El principio de Legalidad*. Lima: Gráfica Horizonte.
- 2006 «El principio de legalidad en materia penal». En Walter Gutiérrez (director). *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Lima: Gaceta Jurídica, volumen I, pp. 253-284.
- VALENCIA, Jorge
- 2004 «Delitos de pornografía con menores y turismo sexual en el nuevo Código Penal colombiano». En Manuel de Rivacoba y Rivacoba. *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 353-361.

VÁSQUEZ, Luis

2006 *Situación de la aplicación de la Ley N.º 28251 para el combate a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes*. Lima: OIT / IPEC / CHS.

Consulta: 7 de diciembre de 2009.

<http://white.oit.org.pe/ipec/documentos/estudio_situacion_ley_28251.pdf>

VEGA, Cristian

s. a. *Relación entre la pedofilia y la pornografía infantil*. Tesis. Consulta: 9 de diciembre de 2009.

<<http://www.scribd.com/doc/6781927/Tesis-Sobre-Pedofilia-y-Pornografia-Infantil-CvD>>

YÁVAR, Fernando

s. a. *Pornografía infantil* [diapositivas]. Consulta: 7 de diciembre de 2009.

<<http://www.yavar-law.com/articulos/PORNOGRAFIAINFANTIL.ppt>>

